

Da responsabilidade civil pelo tratamento desconforme de dados pessoais

DANIEL BESSA DE MELO¹

Resumo: O presente artigo visa explorar a temática da responsabilidade civil das entidades responsáveis pelo processamento e tratamento de dados pessoais, sobretudo à luz do art. 82.º do Regulamento Geral de Proteção de Dados e da sua articulação com as normas internas. Tratar-se-á em especial da responsabilidade civil do encarregado de proteção de dados.

Palavras-chave: *proteção de dados; responsabilidade civil; RGPD; encarregado de proteção de dados.*

Abstract: This article tackles the issue of civil liability of entities responsible for data protection compliance, mainly regarding article 82nd of the General Data Protection Regulation and its articulation with internal rules. Importance shall be given to the civil liability of the data protection officer.

Keywords: *data protection; civil liability; GDPR; data protection officer.*

¹ Advogado. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. dbm@sociedadeadvogados.eu / danielbessamelo@gmail.com

1. Introdução

O Direito da Proteção de Dados representa ainda um domínio negligenciado na literatura jurídica e, até à revolução coperniciana operada pelo RGPD, traduzia algo de desconhecido na doutrina portuguesa². Não surpreende que poucos tenham sido os contributos a respeito da responsabilidade civil no contexto do tratamento de dados pessoais. Dada ainda a exiguidade das decisões jurisprudenciais, tanto a nível nacional como transnacional, é patente que laboramos essencialmente no desconhecido – mas este desconhecimento convida-nos à originalidade, à antecipação de querelas e a bebermos dos contributos comparatísticos, sabido, aliás, como nos confrontamos com um sistema normativo que ultrapassa a latitude do ordenamento jurídico português.

2. A natureza dos interesses infringidos pelo tratamento desconforme de dados pessoais

Escusado será aqui referir que nem todo o prejuízo é passível de ser ressarcido nem toda a afetação de interesses despoleta *ipso facto* uma situação de responsabilidade³. Incumbe ao legislador delimitar o círculo de interesses protegidos através das normas de responsabilidade civil, decalcando dessa forma o perímetro do dano normativamente relevante. Entre nós, e considerando apenas a responsabilidade aquiliana, tal perímetro é dado pelo art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, e consiste ou na preterição de um direito absoluto ou na violação de uma disposição legal destinada a proteger interesses alheios.

² MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 78, Vol. I/II, 2018, pág. 18.

³ *Vide* SALVI, Cesare, “Danno” in AA.VV., *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, Vol. V, 4.a ed., UTET, Torino, 1998, pág. 64.

Considerando as opções fundamentais traçadas pelo nosso legislador, não nos deparamos com nenhuma dificuldade na mobilização dos instrumentos comuns de responsabilidade civil. O direito à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à sua livre circulação, declarado propósito do Regulamento Geral de Proteção de Dados (art. 1.º, n.º 1)⁴, assume a morfologia de um direito fundamental⁵. O fundamento último desse direito ao controlo da divulgação e utilização de dados pessoais, considerado como corolário do direito à autodeterminação informativa, descobre-se na tutela da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade⁶, conforme explicado pelo Tribunal Constitucional Alemão⁷. A maioria da literatura tende, no entanto, a pugnar por uma via mais restrita, descortinando o fundamento da proteção de dados na tutela da *privacy*, a qual representaria a “fase mais recente” da evolução do direito à privacidade⁸.

Independentemente de qual seja a resposta preferível, o que não incumbe aqui aflorar nem releva para o escopo deste estudo, apenas importa referir que o direito à proteção de dados pessoais, mesmo a

⁴ Na ausência de indicação em sentido contrário, todos os artigos citados pertencem ao Regulamento Geral de Proteção de Dados, doravante designado apenas por RGPD. Sobre os principais objetivos da reforma do Direito da Proteção de Dados, RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, Hart, Oxford, 2018, pp. 1-4.

⁵ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia”, *cit.*, pág. 19. A proteção de dados pessoais, explica MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade”, *Ab Instantia*, Ano V, n.º 7, Almedina, Coimbra, 2017, pág. 32, releva em vários planos para a tutela da pessoa humana: salvaguarda a identidade do sujeito, obviando à divulgação de dados que possam levar a uma usurpação ou à desvirtuação da verdade pessoal do sujeito; garante a não divulgação de elementos que poderão servir de base a comportamentos discriminatórios; defende a privacidade do sujeito. O direito à privacidade e à proteção de dados vêm incluídos respetivamente nos arts. 7.º e 8.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. A inclusão desses direitos no catálogo de direitos fundamentais não significa que eles atribuam uma proteção ilimitada (RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 5).

⁶ TITO, Karenina Carvalho, “A Figura do Encarregado de Proteção de Dados no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 7, n.º 4, 2021, pág. 993.

⁷ LYNSKEY, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 94-95.

⁸ Cfr. *idem*, pp. 101-103.

encarar-se como um direito autónomo em vez de uma declinação do conteúdo de outro direito⁹, é uma posição absolutamente protegida *ex vi* art. 483.º, n.º 1, do Código Civil¹⁰. A afetação desse direito constitui, portanto, o agente na prática de um facto ilícito.

3. Análise da responsabilidade aquiliana pelo tratamento desconforme de dados pessoais

3.1. O art. 82.º do RGPD e a sua sobreposição às estruturas internas de imputação delitual

O RGPD fornece-nos uma norma especial de responsabilidade civil extracontratual – de acordo com o art. 82.º, qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do RGPD tem direito a receber uma indemnização do responsável ou do subcontratante¹¹ pelos danos sofridos. Este preceito concretiza o princípio amplamente conhecido de que *ubi ius, ibi remedium*: havendo um direito à proteção e resguardo de dados pessoais, a sua afetação não pode deixar de constituir o agente em responsabilidade pelos danos provocados¹². Nas palavras de ZANFIR-FORTUNA, “*data protection is a rather privileged field in that the Regulation that governs it specifically enshrines not only a general right to an effective judicial remedy, but also a specific right to receive compensation for the damage suffered as a result of a breach of the Regulation’s provisions*”¹³.

⁹ Acerca desta posição, *idem*, pp. 103-104.

¹⁰ MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade”, *cit.*, pp. 44-45.

¹¹ Acerca destes conceitos, MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pp. 48-50, RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, *cit.*, pp. 23 e ss., e MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Data Controllers e Data Processors”, *Revista de Direito Comercial*, 2018, pp. 433 e ss..

¹² ZANFIR-FORTUNA, Gabriela, Anotação ao art. 82.º, *in* KUNER, Christopher, BYGRAVE, Lee A., e DOCKSEY, Christopher (coord.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2020, pág. 1162.

¹³ *Idem*, pág. 1163.

Nesta conformidade, eliminando qualquer discricionariedade dos Estados-Membros na implementação (ou não) de um direito indemnizatório pelo tratamento desconforme de dados pessoais, o supramencionado art. 82.º dispõe de eficácia imediata “*and creates an EU-wide individual cause of action for any person that feels wronged with regard to processing of personal data falling under the GDPR, to initiate remedial actions in civil courts*”¹⁴. Regressando à latitude do ordenamento luso, é certo que o surgimento do crédito indemnizatório sempre decorreria das regras gerais de responsabilidade aquiliana (arts. 483.º e ss., do Código Civil), verificado como o direito à proteção e não divulgação de dados pessoais consubstancia um direito absoluto. O art. 82.º, incorporado no nosso sistema *ex vi* a cláusula de receção do art. 8.º, n.º 4, da Constituição da República Portuguesa, deve ser visto como uma norma especial de responsabilidade civil extracontratual¹⁵ que, dotada de força normativa superior, derroga potenciais normas internas que com ela conflituam¹⁶. Nos aspetos não regulados pelo art. 82.º serão subsidiariamente aplicáveis os preceitos gerais de responsabilidade civil.

3.2. *A ilicitude*

Retomando a análise do preceito do art. 82.º, verificamos que o cerne da ilicitude não reside propriamente na afetação de um direito absoluto, como sempre seria o direito ao adequado tratamento de dados

¹⁴ *Idem*, pp. 1163-1164. No sentido de o art. 82.º atribuir diretamente uma causa de pedir para uma pretensão indemnizatória sem qualquer intermediação do Direito interno, KNETSCH, Jonas, “The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases”, *European Journal of Privacy Law & Technologies*, Giappichelli, Torino, 2020, pág. 66.

¹⁵ Em sentido próximo, ZANFIR-FORTUNA, Gabriela, Anotação ao art. 82.º, *cit.*, pág. 1168.

¹⁶ Assim sucedeu, por exemplo, na Alemanha, cuja Lei de Proteção de Dados não permitia uma indemnização por danos imateriais (*idem*, pág. 1175).

personais, mas antes na preterição das normas do RGPD¹⁷. Analisando cuidadosamente a letra da norma, e numa formulação que não se pode considerar accidental, a responsabilidade prevista no art. 82.º é, essencialmente, uma responsabilidade pela violação, não de direitos, mas de disposições destinadas a regular o tratamento de dados pessoais, as quais podem (e devem) ser configuradas como normas de proteção¹⁸. Seria ocioso uma excursão geral por esta modalidade de ilicitude. Apenas alguns aspetos merecem ser recordados: o conteúdo de ilicitude já não é matizado pela violação de um direito absoluto, mas pela quebra do comando previsto na norma de proteção¹⁹; o círculo de interesses protegidos ultrapassa aqueles atribuídos pelo mecanismo do direito absoluto, permitindo-se assim uma tutela de interesses puramente patrimoniais²⁰.

O aparente contraste entre o conteúdo do art. 82.º, n.ºs 1 e 2, tem sido destacado pela doutrina, porquanto da leitura do n.º 2 afigura-se *prima facie* que nem todas as violações do RGPD constituem o sujeito em responsabilidade civil, mas somente as que sejam cometidas na decorrência de tratamento de dados. Deve-se, porém, em sintonia com a lição de MENEZES CORDEIRO, adotar uma interpretação extensiva no sentido de o art. 82.º abranger “tratamentos ilícitos, bem como violações de direitos, de obrigações ou de proibições legais que estejam

¹⁷ Defendendo uma interpretação extensiva, VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, Springer, Cham, 2017, pág. 205, entendem que a noção de *infringement of the GDPR* deverá abarcar não só o RGPD propriamente dito, mas também as normas dos Estados-Membros concretizadoras dos princípios estipulados no RGPD ou presentes em atos delegados e de execução adotados nos termos do RGPD. Cfr., no mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, in MIRANDA BARBOSA, Mafalda, ROSENVALD, Nelson, e MUNIZ, Francisco (coord.), *Novos Desafios de Responsabilidade Civil*, IJFDUC, Coimbra, 2019, pág. 42, e RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 192.

¹⁸ No sentido de as normas previstas no RGPD poderem ser encaradas enquanto disposições legais de proteção de interesses alheios, MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade”, *cit.*, pág. 45.

¹⁹ MIRANDA BARBOSA, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipia, Cascais, 2017, pág. 173.

²⁰ *Idem*, pág. 171.

indiretamente relacionadas com as atividades desenvolvidas pelos responsáveis e pelos subcontratantes”²¹. Há ainda quem questione se, diante a formulação do art. 5.º, n.º 2, não se estabeleceu uma inversão do ónus de demonstração da desconformidade com o RGPD, alijando sobre o responsável pelo tratamento de dados a tarefa de provar que não cometeu nenhuma infração à legislação de proteção de dados, ou se, pelo contrário, a obrigação contida no art. 5.º, n.º 2, circunscreve-se apenas às relações entre o responsável e as autoridades de supervisão e não pode, como tal, ser manietada por um lesado em ação indemnizatória²². Afigura-se-nos ser esta última a melhor interpretação, já que de outra forma criar-se-ia uma injustificável distorção de regime entre a responsabilidade do responsável e a do subcontratante²³, o que minaria o sentido unificante do próprio art. 82.º.

3.3. A culpa (ou a sua desnecessidade). As causas de isenção de responsabilidade

Nem todos os sistemas de responsabilidade civil autonomizam a culpa da ilicitude. O legislador luso no encaço do homólogo alemão seguiu essa via, enunciando separadamente dois momentos de imputação delitual. Diverso é o sistema francês, em que a noção de *faute* absorve a ilicitude e a culpa²⁴. A existência de diversos modelos de imputação explica as diferentes interpretações de que o art. 82.º tem sido objeto.

²¹ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pág. 42.

²² Cfr., com discussão, BAKHOUM, Mor et al., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, Springer, Berlin, 2018, pp. 323-324.

²³ Isto porque, conforme entendimento pacífico, o disposto no art. 5.º, n.º 2, não se aplica ao subcontratante (cfr. NISSIM, Jenai, “Accountability and the Role of the Data Protection Officer”, in CAREY, Peter, *Data Protection*, 5.a ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, pág. 224).

²⁴ Acerca dos vários modelos de responsabilidade civil, MIRANDA BARBOSA, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 87 e ss..

Efetivamente, na literatura estrangeira entende-se que tal preceito dispensa de todo qualquer elemento de censurabilidade²⁵, encerrando assim uma disposição de responsabilidade objetiva – ou seja, bastaria a mera verificação de um processamento desconforme de dados para se gerar um crédito indemnizatório a favor do sujeito lesado na medida do dano sofrido.

Diversamente, MIRANDA BARBOSA esclarece que o RGPD limita-se a inverter o ónus de prova da culpa, presumindo a sua existência a partir do momento em que se constata a violação das obrigações impostas pela legislação de proteção de dados²⁶. Tal inversão coaduna-se com algumas das implicações dogmáticas que a modalidade de ilicitude acolhida primariamente pelo art. 82.º – a violação de disposições legais de proteção – convoca. Constitui um lugar-comum na doutrina a posição de que as normas de proteção permitem uma antecipação do juízo da culpa, que passa a ter por referencial não a lesão de um direito absoluto, mas a violação do conteúdo prescritivo de uma norma. Como dificilmente se concebem causas de incumprimento não culposos (inexigibilidade) dessas determinações legais, admite-se genericamente uma inversão do ónus da prova da culpa²⁷.

Mesmo que não se admita sem mais uma inversão do *onus probandi*, atendendo à circunstância de o lesado geralmente não ter informação detalhada quanto ao modo de atuação ou à organização interna do responsável pelo tratamento de dados ou do subcontratante, deve-se reputar ser suficiente, para preencher tal ónus, uma “submissão plausível dos factos” (*plausible submission of the facts*), recaindo

²⁵ ZANFIR-FORTUNA, Gabriela, Anotação ao art. 82.º, *cit.*, pág. 1176.

²⁶ MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade”, *cit.*, pág. 44; também da Autora, “Data Controllers e Data Processors”, *cit.*, pág. 432. No mesmo sentido, PIMENTA COELHO, Cristina, Anotação ao Art. 82.º, *in* SOUSA PINHEIRO, Alexandre (coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados*, Almedina, Coimbra, 2018, pág. 636. Em sentido mais amplo, referindo haver uma dupla presunção de ilicitude e de culpa, MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pág. 52.

²⁷ Cfr. MIRANDA BARBOSA, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 175-178.

subsequentemente sobre o agente o ónus de afastar definitivamente tal primeira aparência de um juízo de censurabilidade²⁸.

O art. 82.º, n.º 3, prevê uma isenção de responsabilidade sempre que o responsável pelo tratamento de dados ou o subcontratante logrem demonstrar não serem de alguma forma responsáveis pelo evento danoso. A disposição, na realidade, encerra uma simples logomaquia, já que a realizar-se tal demonstração é evidente que nunca nenhuma responsabilidade lhes poderia ser assacada. Em todo o caso, a doutrina tem sido particularmente exigente quanto ao circunstancialismo fáctico que possa determinar uma isenção de responsabilidade: “*even the smallest involvement in the event giving rise to the damage will give rise to liability*”²⁹; “*involvement in the damaging act itself is not required*”³⁰. Nem mesmo o acesso ilegítimo por terceiros a uma base de dados através de meios altamente sofisticados afasta automaticamente a responsabilidade do responsável pelo tratamento de dados ou do subcontratante, ainda que estes hajam observado escrupulosamente o RGPD.

Há quem entenda que uma atuação do subcontratante contrária ou fora do círculo de atribuições e funções dadas pelo responsável isenta este de qualquer responsabilidade pelos danos causados³¹. Cremos que não se deve ser tão perentório. O subcontratante apenas tem acesso aos dados pessoais porque o responsável, no contexto da relação contratual e/ou comercial que os une (cfr. art. 28.º, n.º 3), fornece-os. Ninguém assume o risco do dolo de outrem, mas uma condução negligente de dados pessoais da parte do subcontratante leva-nos a indagar de uma eventual *culpa in eligendo* do responsável pelo tratamento de dados.

²⁸ VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, cit., pág. 207.

²⁹ *Idem*, pág. 208.

³⁰ RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, cit., pág. 192.

³¹ ZANFIR-FORTUNA, Gabriela, Anotação ao art. 82.º, cit., pág. 1176.

3.4. O dano

Entre os danos passíveis de serem ressarcidos *ex vi* art. 82.º encontram-se, assim colocando termo à discórdia quanto à sua indenizabilidade neste contexto³², os danos morais (referidos no RGPD como “danos imateriais”), de que são exemplo os decorrentes de discriminação social, de *stress* psicológico ou da afetação do livre desenvolvimento da personalidade³³. Atribuindo primazia à função preventiva da responsabilidade civil, o Tribunal de Justiça da União Europeia tem considerado que a indemnização arbitrada deverá ser generosa o suficiente para, indo além do imposto pelo princípio da integral reparação do dano³⁴, produzir um efeito de *deterrence*³⁵; e que a indemnização apenas pode englobar uma função punitiva se o Direito nacional em concreto aplicável conhecer esse tipo de sanção para situações similares³⁶.

3.5. O nexa de causalidade

Em consonância com as regras gerais, a responsabilidade civil por violação das regras e princípios do RGPD depende do desvelar de um nexa de causalidade entre tal violação e os danos produzidos na esfera do lesado. O conceito de causalidade, enquanto categoria eivada de

³² BAKHOUM, Mor et al., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, *cit.*, pág. 320.

³³ VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 205. Para exemplos de danos materiais e imateriais, MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pp. 44-45.

³⁴ *Idem*, pág. 43, e KNETSCH, Jonas, “The Compensation of Non-Pecuniary Loss in GDPR Infringement Cases”, *cit.*, pág. 67.

³⁵ VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, *cit.*, pp. 205-206.

³⁶ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pág. 44. Escusado será referir que o Direito português não admite os *punitive damages*: cfr., por todos, MIRANDA BARBOSA, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, *cit.*, pp. 54 e ss..

considerações ético-normativas³⁷, deverá ser interpretado em sentido lato de forma a dar-se provimento aos objetivos que o RGPD visa desempenhar³⁸.

3.6. *Os titulares de crédito indemnizatório*

Quanto à titularidade da pretensão indemnizatória, o art. 82.º, n.º 1, refere-se a “qualquer pessoa que tenha sofrido danos”. O RGPD, embora poderia tê-lo feito, não restringe subjetivamente o crédito indemnizatório aos titulares dos dados pessoais que não foram geridos corretamente³⁹. Terceiros de alguma forma prejudicados pelo tratamento desconforme de dados pessoais poderão peticionar uma indemnização nas condições estipuladas pelo art. 82.º. A circunstância de o art. 82.º, n.º 4, *in fine*, referir-se ao “fim de assegurar a efetiva indemnização *do titular dos dados*” (itálico nosso) deve ser encarada como uma formulação meramente accidental que não tem por efeito a restrição do escopo subjetivo desta norma⁴⁰.

Desta forma, poderão reclamar uma indemnização ao abrigo do art. 82.º quer os titulares de dados pessoais incorretamente processados como eventuais terceiros que hajam igualmente, por força desse tratamento desconforme, sofrido um prejuízo na sua esfera jurídica, uma vez verificado um nexo de causalidade adequada entre o dano sofrido por esses terceiros e a violação das normas de proteção de dados⁴¹.

³⁷ Acerca da superação do nexo de causalidade enquanto mera questão-de-facto e a descoberta da sua intencionalidade normativa, *idem*, pp. 265 e ss..

³⁸ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pág. 45.

³⁹ Sobre as interpretações possíveis do art. 82.º, *idem*, pp. 46-48.

⁴⁰ Assim, BAKHOUM, Mor et al., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, *cit.*, oág. 322.

⁴¹ VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 206.

Em princípio, as pessoas coletivas cairão fora da copa do art. 82.^{o42}. Afigura-se-nos, contudo, que nada impede que estas sustentem a sua pretensão indemnizatória nas normas gerais de responsabilidade civil.

3.7. Os sujeitos responsáveis

O art. 82.^o, diminuindo a importância da qualificação dos sujeitos envolvidos para efeitos de alocação do dano⁴³, delimita os agentes prevaricadores ao responsável pelo tratamento de dados e ao subcontratante. Outras entidades – inclusive o próprio encarregado de proteção de dados, doravante designado por EPD – que hajam atuado em desconformidade com as obrigações impostas pelo RGPD e/ou hajam preterido o direito absoluto à autodeterminação informacional, embora não possam ser acionados ao abrigo do art. 82.^o, poderão sê-lo ao abrigo das normas internas de responsabilidade civil⁴⁴.

O art. 82.^o, n.º 2, faz incidir sobre o responsável pelo tratamento de dados o dever de indemnizar desde que esteja envolvido num tratamento que viole o RGPD, nomeadamente pela preterição das “obrigações de cuidado” atualmente expressas no art. 24.^o, n.º 1⁴⁵. Como se densifica na doutrina, “[o] sistema não exige que o responsável assuma um

⁴² MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pág. 82, conquanto não defenda essa posição “em absoluto” e realce ser necessário analisar a *case law* que se produzirá para se poder aquilatar das vantagens e desvantagens da exclusão de pessoas coletivas do art. 82.^o.

⁴³ BAKHOUM, Mor et al., *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law*, *cit.*, pág. 320.

⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pág. 48. No mesmo sentido, refere MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Data Controllers e Data Processors”, *cit.*, pág. 485, que “[ainda] que o terceiro não esteja, em concreto, vinculado pelos deveres impostos pelos diversos preceitos do regulamento geral de proteção de dados, sempre haveremos que afirmar que ele pode ser responsabilizado, no quadro da responsabilidade extracontratual, por violação de direitos de natureza absoluta”. Mas no sentido da exclusão da responsabilidade direta dos trabalhadores que estejam autorizados a tratar de dados pessoais, PIMENTA COELHO, Cristina, Anotação ao Art. 82.^o, *cit.*, pág. 635.

⁴⁵ Assim, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 08.07.2021, proc. n.º 174/20.4T8PDL.L1-6. Contudo, no aresto invocaram-se normas de Direito interno, como a violação do art. 486.^o, n.º 1, do Código Civil, não se tendo sequer feito alusão ao art. 82.^o.

papel nuclear na produção dos danos causados, nem sequer decisivo. Na prática, o responsável pelo tratamento poderá ser responsabilizado mesmo não tendo causado qualquer dano ao sujeito lesado. Assim, a transmissão lícita de dados para um terceiro que os processa de modo ilícito, bem como a recepção de dados obtidos ilicitamente, sem o seu conhecimento diligente, podem sustentar a responsabilidade do responsável pelo tratamento⁴⁶.

Por seu turno, o RGPD circunscreve a responsabilidade do subcontratante aos cenários de (i) violação de obrigações decorrentes do RGPD que lhe sejam especificamente dirigidas (cfr., nomeadamente, os arts. 28.º, 29.º, 32.º, 37.º e 38.º) e (ii) incumprimento das instruções lícitas recebidas por parte do responsável pelo tratamento de dados. Não sendo o subcontratante um autómato, ele não deverá seguir as instruções do responsável pelo tratamento de dados que configurem práticas atentatórias das obrigações específicas que sobre si incidem, sob pena de poder ser responsabilizado nos termos acima explanados⁴⁷. Ademais, fora dos meandros do art. 82.º, não repugna que o contrato celebrado entre o responsável e o subcontratante tenha uma eficácia protetora do titular de dados pessoais⁴⁸, permitindo a este reclamar uma indemnização fundada na preterição de deveres laterais cujo regime se assimilará ao da responsabilidade contratual. A tal não obsta a possível indeterminabilidade do sujeito titular de dados pessoais, requisito esse – o da cognoscibilidade do círculo de terceiros reflexamente tutelados pelo contrato – que a doutrina e jurisprudência alemãs têm sapientemente superado⁴⁹ (como superado se encontra o vetusto requisito de que credor contratual e terceiro protegido devam perseguir o mesmo

⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “Da Responsabilidade Civil pelo Tratamento de Dados Pessoais”, *cit.*, pág. 50.

⁴⁷ *Idem*, pág. 51.

⁴⁸ Admite-o, por exemplo, MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade”, *cit.*, pp. 46-47.

⁴⁹ Mais que saber se o terceiro protegido encontra-se pessoalmente relacionado com o credor, importa aquilatar em que circunstâncias os interesses objetivos envolvidos permitem inferir que as partes contratuais implicitamente estipularam um *duty of care* perante terceiros (MARKESINIS, Basel, *German Law of Torts*, 4.a ed., Hart Publishing, Oxford/Portland/Oregon, pág. 63).

interesse⁵⁰).

4. A responsabilidade contratual do responsável pelo tratamento de dados

O art. 82.º cuida de uma situação de responsabilidade extracontratual. Contudo, a operacionalidade de uma responsabilidade fundada no incumprimento contratual, a determinar à luz das disposições de Direito interno⁵¹, não deve ser imediatamente arredada. Se bem que o direito à proteção de dados mereça autonomamente a chancela a tutela aquiliana, não se pode excluir os casos, frequentes, em que o tratamento desconforme de dados pessoais consubstancia um incumprimento das obrigações emergentes de uma relação contratual entretecida com o titular desses dados⁵² ou, ainda, uma inobservância dos deveres laterais de proteção que a relação obrigacional complexa convoca (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil)⁵³.

Em tais cenários verifica-se um concurso objetivo de fontes de

⁵⁰ BASEDOW, Jürgen, e WURMNEST, Wolfgang, *Third-Party Liability of Classification Societies*, Springer, Berlin/Heidelberg, 2005, pp. 48-49.

⁵¹ No sentido de o art. 82.º não excluir a intervenção de normas internas de responsabilidade civil, VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, cit., pág. 206.

⁵² RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, cit., pág. 193.

⁵³ Nesta hipótese de preterição de deveres acessórios de conduta, a responsabilidade situar-se-á numa terceira via entre o polo aquiliano e obrigacional, embora com tendencial assimilação ao regime desta (MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Proteção de Dados e Direitos de Personalidade”, cit., pág. 46), aplicando-se-lhe nomeadamente o princípio da ressarcibilidade dos danos puramente patrimoniais, a regra da inversão do ónus da prova da culpa (art. 799.º, n.º 1, do Código Civil) e a regra da responsabilidade por atos de auxiliares (art. 800.º do Código Civil); assim, PINTO OLIVEIRA, Nuno Manuel, “Tópicos sobre a Distinção entre a Responsabilidade Contratual e a Responsabilidade Extracontratual”, in AA.VV., *Estudos em Comemoração dos 20 Anos da Escola de Direito da Universidade do Minho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pág. 526. Cfr., por todos, MOTA PINTO, Carlos Alberto, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 337 e ss., e CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994, pp. 155 e ss..

responsabilidade civil, já que a lesão perpetrada é subsumível tanto aos antros do inadimplemento como do delito. Tal concurso, conforme o entendimento que nos parece acertado⁵⁴, deverá ser resolvido através da consunção da responsabilidade aquiliana, conjunto de normas aplicáveis ao indiferenciado contacto social, pela responsabilidade obrigacional, teleologicamente orientada a disciplinar o fenómeno imputacional ocorrido no contexto de uma relação contratual. Esta posição implica, verdadeiramente, que o art. 82.º só se aplique onde não se possa divisar uma responsabilidade pelo incumprimento contratual.

5. A responsabilidade civil do Encarregado de Proteção de Dados.

5.1. Caracterização geral

Em termos sinópticos, pode-se entender por EPD a pessoa (singular ou coletiva) nomeada pelo responsável pelo tratamento de dados ou pelo subcontratante para, no âmbito da sua atividade, desenvolver funções de fiscalização e de *compliance*, assegurando a conformidade da atuação daquelas entidades com as regras e princípios plasmados no RGPD. Embora a génese do EPD remonte à Diretiva n.º 95/46/CE, de 25 de Outubro, é o RGPD que, nas condições contempladas pelo seu

⁵⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, 12.a ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 552-553. Diversamente, considerando que pela celebração de um contrato as partes não pretenderam a renúncia à tutela geral e, como tal, o lesado poderá livremente optar (e não construir um regime híbrido, como pretende, atendendo à “intencionalidade problemática” do caso, MIRANDA BARBOSA, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil*, cit., pág. 20) entre as duas espécies de responsabilidade, ÁLVARO DIAS, João, *Procriação Assistida e Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 228 e ss., e GRAÇA TRIGO, Maria, *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 26. Em Itália, no sentido da solução da livre escolha de responsabilidades, cfr. SALVI, Cesare, *La Responsabilità Civile*, 2.a ed., Giuffrè, Milano, 2005, pp. 13-14, e SCHLESINGER, Piero, e TORRENTE, Andrea, *Manuale di Diritto Privato*, 24.a ed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 960-961.

art. 37.º, obriga à sua designação⁵⁵. Mesmo fora dessas hipóteses de designação obrigatória, o EPD pode ser nomeadamente voluntariamente⁵⁶, nada justificando, por conseguinte, qualquer diversidade de estatuto (e, ao que nos importa) de responsabilidade⁵⁷.

Uma vez verificadas quaisquer das situações elencadas no art. 37.º, n.º 1⁵⁸, surge na esfera jurídica do responsável pelo tratamento de dados ou do subcontratante a obrigação de designação de um EPD. Tal obrigação, incidindo autonomamente sobre cada uma das referidas entidades⁵⁹, não carece de qualquer estímulo exterior, nomeadamente da parte das autoridades de supervisão⁶⁰, devendo ser imediatamente observada. A escolha do EPD poderá coenvolver uma culpa *in eligendo* do responsável ou do subcontratante, sempre que aquele não desempenhar as suas funções com a diligência e zelo devidos. Tal responsabilidade será uma mera consequência do princípio da autorregulação em

⁵⁵ Sobre a evolução histórica da figura, MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia”, *cit.*, pp. 20-22. Antes do RGPD, a obrigatoriedade de designação de um EPD encontrava-se na Lei de Proteção de Dados alemã (VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 53).

⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia”, *cit.*, pág. 23.

⁵⁷ Explicam VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 56, que “*the voluntary DPO will have to comply with the regulations of the GDPR and assume all statutory responsibilities of this position*”. Ainda no sentido da equiparação geral de estatuto entre o EPD de nomeação obrigatória e de nomeação facultativa, ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, *Fórum de Proteção de Dados*, n.º 7, 2020, pág. 29, nota 15.

⁵⁸ Cfr., por todos, RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, *cit.*, pp. 175 e ss..

⁵⁹ SZAŁOWSKI, Ryszard, “Data Protection Officer in the Light on the Provisions of the General Data Protection Regulation”, *Ius Novum*, n.º 4, 2018, pág. 116, RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 175, e PEREIRA DUARTE, Diogo, Anotação ao Art. 37.º, in MENEZES CORDEIRO, António Barreto (coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2021, pág. 292.

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia”, *cit.*, pág. 23.

matéria de proteção de dados⁶¹, de que é também declinação a obrigatoriedade de o responsável pelo tratamento de dados implementar as medidas técnicas e organizacionais destinadas a assegurar a *compliance* com o RGPD.

O art. 37.º, n.º 5, configura o EPD como um profissional qualificado, dotado de conhecimentos especializados no domínio do Direito e da proteção de dados⁶² (isto muito embora o RGPD, numa solução a carecer de revisão, não imponha que o EPD seja um licenciado em Direito⁶³). Importará também que o EPD, atento o significado das funções que desempenha – a principal das quais é assegurar o cumprimento das regras e princípios previstos no RGPD⁶⁴ – e da sua instrumentalização à tutela de direitos de personalidade, apresente integridade pessoal e profissional⁶⁵. Caso o EPD nomeado não se assimilar, à data da sua designação, ao padrão gizado pelo legislador, ficando a quem dele, tal desconformidade será tida em consideração para se aferir da eventual responsabilidade da entidade que o designou.

⁶¹ Mencionando que o RGPD atribui aos responsáveis e subcontratantes a “*responsabilidade* de autorregular as suas actividades”, *idem*, pág. 31. Também assim, no sentido da consagração de um “princípio de autorresponsabilização dos Responsáveis pelo Tratamento e do Subcontratantes”, ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, *cit.*, pp. 25-26. Cfr., ainda, MUIÁ, Pier Paolo, *Il Nuovo Codice della Privacy*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2019, pp. 47-48.

⁶² TITO, Karenina Carvalho, “A Figura do Encarregado de Proteção de Dados no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia”, *cit.*, pp. 1004-1005.

⁶³ SZAŁOWSKI, Ryszard, “Data Protection Officer in the Light on the Provisions of the General Data Protection Regulation”, *cit.*, pág. 125, e PEREIRA DUARTE, Diogo, Anotação ao Art. 37.º, *cit.*, pág. 293.

⁶⁴ TITO, Karenina Carvalho, “A Figura do Encarregado de Proteção de Dados no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia”, *cit.*, pág. 1009.

⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia”, *cit.*, pág. 28, e NISSIM, Jenai, “Accountability and the Role of the Data Protection Officer”, *cit.*, pág. 233. Cfr., ainda, VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, *cit.*, pp. 56-57.

5.2. O EPD como comissário. O problema da relação de comissão

O art. 37.º, n.º 6, do RGPD, refere que o EPD pode integrar ou não a estrutura interna do responsável ou do subcontratante: quer dizer, pode desempenhar as suas funções com base num contrato de trabalho subordinado ou num contrato de prestação de serviços⁶⁶. A morfologia desse vínculo tem implicações ao nível da responsabilidade civil. Caso o EPD for um trabalhador interno do responsável pelo tratamento de dados ou do subcontratante, e na medida em que a relação de trabalho subordinado encerra uma relação de comissão (cfr. art. 1152.º do Código Civil)⁶⁷, estes – a título extracontratual – responderão objetivamente na qualidade de comitente pelos atos por aquele praticados (art. 500.º do Código Civil)⁶⁸.

A circunstância da função de EPD se caracterizar “por uma marcada independência em face das entidades designadoras”⁶⁹, de que é corolário a proibição de os responsáveis e subcontratantes instruírem o EPD no exercício das suas funções (art. 38.º, n.º 3), não preclui a

⁶⁶ VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, cit., pág. 57, e PEREIRA DUARTE, Diogo, Anotação ao Art. 37.º, cit., pág. 294.

⁶⁷ GRAÇA TRIGO, Maria, Anotação ao Art. 500.º, in BRANDÃO PROENÇA, José Carlos (coord.), *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, pág. 386, embora com a advertência de que a noção de subordinação para efeitos do art. 500.º do Código excede a de subordinação jurídica para efeitos de uma relação de trabalho, e ALMEIDA COSTA, Mário Júlio, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 617. No Direito francês, em igual sentido, TERRÉ, François, e SIMLER, Philippe, *Droit Civil. Les Obligations*, 12.a ed., Dalloz, Paris, 2019, pp. 1126-1127.

⁶⁸ No sentido de que a independência do EPD não obvia a que este se encontre sob a direção da entidade nomeadora, donde surgirá uma relação de comissão, ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, cit., pp. 37-38. Bem assim, para ALVAREZ RIGAUDIAS, Cecília, e SPINA, Alessandro, Anotação ao Art. 38.º, in KUNER, Christopher, BYGRAVE, Lee A., e DOCKSEY, Christopher (coord.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, cit., pág. 707, o facto de ser sobre o responsável pelo tratamento de dados que recai a obrigação de demonstrar a conformidade com o RGPD não isenta o EPD da sua responsabilidade enquanto “employee or contractor of the controller or processor, as in the case of any other employee or contractor”.

⁶⁹ MENEZES CORDEIRO, António Barreto, “A Autonomia da Função de Encarregado de Proteção de Dados e a Independência do Exercício da Advocacia”, cit., pág. 30.

eventual verificação de uma relação de comissão⁷⁰ e a subsequente responsabilidade da entidade que o nomeou. Admiti-lo seria esvaziar de sentido as cautelas que o RGPD estabelece quanto às qualidades profissionais e pessoais do EPD. A independência do EPD visa apenas assegurar que realize a sua fiscalização de forma livre e isenta⁷¹, prevenindo que seja influenciado negativamente pelo responsável ou subcontratante⁷². De resto, e sem prejuízo das demais especificidades do seu estatuto, o EPD interno encontra-se sob a direção e autoridade da entidade que o designa. Aliás, veja-se que é condição do cabal cumprimento das funções cometidas ao EPD que este integre a estrutura e o organograma da entidade que o designou – em suma, que participe como agente ativo no *decision making*. O próprio EPD, importa notar, não tem quaisquer posições de fiscalização sobre a entidade que o designa⁷³, nem muito menos dispõe autonomamente de poderes decisórios⁷⁴, exercendo antes uma tarefa de aconselhamento. Como se observa em anotação ao art. 38.º, “[it] would appear that the DPO does not exercise a form of power independently from the organization in which the DPO is embedded but rather a form of expert-based autonomy, adequately supported by relevant norms of professional conduct”⁷⁵.

⁷⁰ Em sentido contrário, MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Data Controllers e Data Processors”, *cit.*, pp. 469-470.

⁷¹ TITO, Karenina Carvalho, “A Figura do Encarregado de Proteção de Dados no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia”, *cit.*, pág. 1007.

⁷² VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 59. Ainda acerca da independência do EPD, NISSIM, Jenai, “Accountability and the Role of the Data Protection Officer”, *cit.*, pág. 236.

⁷³ ALVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia, e SPINA, Alessandro, Anotação ao Art. 38.º, *cit.*, pág. 703.

⁷⁴ ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, *cit.*, pág. 27, e PEREIRA DUARTE, Diogo, Anotação ao Art. 37.º, *cit.*, pág. 297.

⁷⁵ ALVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia, e SPINA, Alessandro, Anotação ao Art. 38.º, *cit.*, pág. 703.

5.3. Em torno da responsabilidade autónoma do EPD

Um perscrutar pela literatura repetidamente encontra a afirmação de que o EPD não é pessoalmente responsável em caso de incumprimento das regras de proteção de dados⁷⁶, porquanto o sujeito obrigado à sua observância é o responsável pelo tratamento de dados (art. 24.º, n.º 1)⁷⁷. Tal afirmação não só é consentânea com o entendimento pugnado pelo Grupo de Trabalho⁷⁸ como parece impor-se mercê do art. 38.º, n.º 3. Sucede que, para além de o Grupo de Trabalho não emitir interpretações vinculativas, a referida norma não pode ser interpretada no sentido de conferir uma espécie de imunidade ao EPD; e pelas seguintes razões: “*Firstly, the limitation to the possibility of dismissing or penalising is to be applicable only to the performance of his tasks. Thus, penalisation or dismissal is possible if the DPO does not fulfil the tasks. Secondly, the issue of limitation concerns the controller or the processor and does not cover potential rights of an entity that the EU legislator refers to as the highest management level. If the head of a unit is also the controller, they may undertake steps against the DPO within the performance of a managerial function. Thirdly, the provision cannot be treated as a mechanism ensuring a lack of criminal, disciplinary or civil liability*”⁷⁹.

⁷⁶ Vide, por exemplo, TITO, Karenina Carvalho, “A Figura do Encarregado de Proteção de Dados no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia”, *cit.*, pág. 1003, PIMENTA COELHO, Cristina, Anotação ao Art. 82.º, *cit.*, pág. 634, PEREIRA DUARTE, Diogo, Anotação ao Art. 38.º, *cit.*, pág. 298, e RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 182.

⁷⁷ No sentido de que é o responsável pelo tratamento de dados que tem a “*main responsibility and liability for data protection compliance*”, *idem*, pág. 24. Referindo-se ao responsável como o “principal centro de imputação”, RODRIGUES ROCHA, Francisco, Anotação ao Art. 24.º, in MENEZES CORDEIRO, António Barreto (coord.), *Comentário ao Regulamento Geral de Proteção de Dados e à Lei n.º 58/2019*, *cit.*, pág. 234.

⁷⁸ GRUPO DO ARTIGO 29.º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Orientações sobre os Encarregados de Proteção de Dados (EPD)*, 2016 (última redação revista e adotado a 05 de abril de 2017), pág. 28.

⁷⁹ SZAŁOWSKI, Ryszard, “Data Protection Officer in the Light on the Provisions of the General Data Protection Regulation”, *cit.*, pág. 124.

Não se coloca em causa que o RGPD é completamente omissivo quanto à responsabilidade pessoal do EPD⁸⁰; mas esta mera omissão (que nada obsta à aplicação dos princípios gerais) não permite concluir pelo que seja⁸¹. Se não se pode aceder à responsabilidade do EPD *ex vi* art. 82.º, norma que se dirige apenas ao responsável pelo tratamento de dados e ao subcontratante, nada nos impede de chamarmos à colação as normas internas de responsabilidade civil, cuja aplicabilidade já verificamos não ser arredada.

A responsabilidade do EPD será apenas a outra parcela do binómio da importância e relevância das funções que desempenha, sem a qual o ligame com um princípio de liberdade eticamente conformada romper-se-ia. O estatuto do EPD é balizado por um padrão de diligência acrescida, devendo este conduzir a sua função de *compliance*⁸² e de *awareness-raising*⁸³ de forma particularmente zelosa e diligente. Ora, no enalço de MIRANDA BARBOSA, “ao assumir as suas funções, [o EPD] assume concomitantemente uma esfera de risco”⁸⁴. Seria francamente um convite à incúria fornecer ao EPD uma égide contra quaisquer ações de responsabilidade civil a pretexto da salvaguarda da sua independência e autonomia. Com efeito, “o papel do EPD só faz sentido se for, pelo menos em alguma medida, responsabilizador do próprio e responsabilizador do próprio perante todos os que devem beneficiar da sua diligente atuação”⁸⁵. A circunstância de o EPD desempenhar um papel de

⁸⁰ ALVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia, e SPINA, Alessandro, Anotação ao Art. 38.º, *cit.*, pág. 707.

⁸¹ Conforme a observação de ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, *cit.*, pág. 34, o legislador cuidou apenas da responsabilidade civil do responsável e do subcontratante, “não prevendo nem a responsabilidade nem a irresponsabilidade de terceiros, como o EPD”.

⁸² No sentido de que o RGPD considera o EPD como um “*cornerstone of the accountability principle*”, ALVAREZ RIGAUDIAS, Cecilia, e SPINA, Alessandro, Anotação ao Art. 38.º, *cit.*, pág. 701.

⁸³ RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, *cit.*, pág. 185.

⁸⁴ MIRANDA BARBOSA, Mafalda, “Data Controllers e Data Processors”, *cit.*, pág. 470.

⁸⁵ ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, *cit.*, pág. 32.

conselheiro (*role as an advisor*)⁸⁶ e uma “função consultiva e de monitorização”⁸⁷ não o deverá exonerar de qualquer responsabilidade (a tal não obsta, como veremos, o art. 485.º do Código Civil), a qual deverá ser aquilatada – na ausência de uma norma específica no RGPD – por referência às estruturas de imputação presentes nas legislações internas⁸⁸.

5.4. A responsabilidade contratual e extracontratual do EPD

A responsabilidade civil do EPD deve ser analisada em dois planos: perante a entidade que o designou e perante terceiros. A primeira – é óbvio – assumirá a fisionomia de uma responsabilidade obrigacional (art. 798.º do Código Civil), com determinadas particularidades caso o EPD for um trabalhador subordinado (art. 323.º do Código do Trabalho). A esta responsabilidade não obsta a norma do art. 38.º, n.º 3, que apenas fornece uma imunidade ao EPD pela correta ou cabal prossecução das suas funções (“*protection against unfair dismissal*”⁸⁹). O EPD pode ser responsabilizado ou destituído caso não desempenhar cabalmente as suas funções, ou seja, caso incumprir ou cumprir defeituosamente as suas obrigações⁹⁰. São concebíveis várias situações de responsabilidade *ex contractu* do EPD, como a recusa em dar pareceres ou em providenciar por ações de formação e sensibilização⁹¹.

⁸⁶ VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, cit., pág. 62.

⁸⁷ ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, cit., pág. 27.

⁸⁸ Como referem VOIGT, Paul, e VON DEM BUSSCHE, Axel, *The EU General Data Protection Regulation*, cit., pág. 62, “*the DPO is generally responsible for fulfilling its tasks properly. Therefore, based on EU Member State legislation, data subjects or the controller/processor might be able to claim compensation for damages resulting from a breach of the DPO’s obligations. Inter alia, national legislation might enable entities to claim compensation based on their employment relationship with the DPO*”. No sentido da aplicação ao EPD do regime geral de responsabilidade civil, ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, cit., pág. 35.

⁸⁹ RÜCKER, Daniel, e KUGLER, Tobias, *New European General Data Protection Regulation*, cit., pág. 182.

⁹⁰ PIMENTA COELHO, Cristina, Anotação ao Art. 38.º, cit., pp. 475-476.

⁹¹ ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, cit., pág. 33.

Deve-se, contudo, assinalar que, na medida em que o EPD não dispõe de poderes decisórios, não lhe pode ser exigido que assuma o encargo de garantir a conformidade com a legislação de proteção de dados. As suas obrigações esgotam-se apenas no adequado aconselhamento, recaindo sobre o responsável pelo tratamento de dados ou o subcontratante a escolha de se guiarem ou não pelas advertências feitas pelo EPD⁹². Verificando-se um ilícito contratual, o EPD será chamado a responder pelos danos causados à entidade que o designou (e consequente credora contratual), abarcando a dupla fenomenologia de lucros cessantes e danos emergentes.

Diante terceiros, a responsabilidade do EPD encontrar-se-á, *prima facie*, nos mastros comuns dos arts. 483.º e ss., do Código Civil. A ilicitude da sua conduta decorrerá primariamente da preterição das obrigações que o RGPD lhe impõe⁹³, as quais podem ser perfiladas, para efeitos do art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código Civil, como disposições legais de proteção. Em todo o caso, os interesses por si ofendidos regra geral consistirão em vantagens atribuídas através de um direito subjetivo absoluto.

Porquanto a atividade do EPD consiste sobretudo na emissão de conselhos e recomendações, importa superar o obstáculo edificado pelo art. 485.º do Código Civil. Tal disposição, como a homóloga alemã, apenas tem em vista clarificar que a mera solicitação e prestação de informações não encerra nenhum contrato tácito nem responsabiliza

⁹² Embora tal dicotomia seja atualmente objeto de crítica pela doutrina, pode-se ainda assim afirmar *grasso modo* que o EPD assume uma obrigação de meios e não de resultados (ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, *cit.*, pág. 33). Consequentemente, não se pode aplicar, sem mais, a presunção de culpa prevista no art. 799.º, n.º 1, do Código Civil, a qual se encontra apenas gizada para os casos em que o devedor assegurou a verificação de um determinado resultado (cfr. CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Direito Civil – Responsabilidade Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 81).

⁹³ Assim sucederá, partindo dos exemplos de ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, *cit.*, pág. 37, caso o EPD não informe ou aconselhe mal o responsável, o subcontratante e seus colaboradores, não monitorize devidamente a conformidade da atividade da entidade nomeadora com a legislação de proteção de dados ou não cumpra a sua obrigação de cooperação com a autoridade de controlo.

sem mais o emitente pela inexatidão da informação por si prestada⁹⁴. O seu conteúdo normativo é, na realidade, bastante exíguo, ao consistir essencialmente numa remissão para outras normas. Importa então questionar: assistia ao EPD o “dever jurídico de dar o conselho, recomendação ou informação”? Tal dever existe perante a entidade que o designa, mercê da relação contratual que com ela entreteceu; mas, por força do princípio da relatividade (art. 406.º, n.º 2, do Código Civil), o titular dos dados pessoais, terceiro perante tal relação, não pode exigir do EPD o cumprimento desse dever ou reclamar uma indemnização pelo seu inadimplemento. Isto não obvia a que possamos considerar que o contrato entre o EPD e a entidade que o designa tem uma eficácia protetora do titular dos dados pessoais, já que a sua execução se dirige, essencialmente, à proteção dos interesses materiais e imateriais deste. A eficácia protetora desse contrato estende-se reflexamente ao titular de dados pessoais, que poderá assim reclamar do EPD uma indemnização pela prestação de conselhos ou recomendações faltosos que originaram um tratamento desconforme e danoso de dados pessoais.

Por outro lado, como se sabe, o art. 485.º do Código Civil não esgota a possibilidade de intervenção das regras gerais de Direito, como a proibição do abuso do direito⁹⁵, pelo que sempre será possível aceder à responsabilidade delitual do EPD se o seu comportamento representar uma ofensa clamorosa do mínimo ético-jurídico (art. 334.º do Código Civil): assim sucederá, apoditicamente, quando agir com dolo (caso em que a sua responsabilidade se impõe por respeito ao *neminem laedere*) ou, quando muito, houver negligenciado gravemente as suas obrigações legais e estatutárias⁹⁶.

⁹⁴ SINDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade por Conselhos, Informações e Recomendações*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 449 e ss..

⁹⁵ CARNEIRO DA FRADA, Manuel A., *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, pág. 72.

⁹⁶ Cfr. SINDE MONTEIRO, Jorge, “Responsabilidade Delitual. Da Ilícitude”, in AA.VV., *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 463.

5.5. Aspetos avulsos da responsabilidade civil do EPD. A *culpa in elegindo* da entidade que o designa

Em nota de encerramento, deve-se referir que raramente o EPD será chamado a responder isoladamente pelos danos causados pelo tratamento desconforme de dados pessoais. Um desempenho deficitário do EPD das suas funções em princípio resultará numa atuação do responsável pelo tratamento de dados ou do subcontratante desconforme com o RGPD, donde decorrerá a responsabilidade destes por via do art. 82.º. Por conseguinte, em conformidade com a regra do art. 497.º, do Código Civil, os sujeitos envolvidos na lesão responderão solidariamente⁹⁷. Tal asserção leva-nos, no entanto, como *prius* lógico, a justificar a responsabilidade da entidade designadora pelos atos praticados pelo EPD.

Tratando-se de um EPD interno, em relação de trabalho subordinado, essa responsabilidade já vimos decorrer do art. 500.º do Código Civil. Mas, mesmo quando o EPD for um órgão externo à entidade que o designa, assentando o seu ligame contratual numa prestação de serviços que, por sua natureza, inviabiliza uma relação de comissão, não se pode olvidar a *culpa in elegindo* da entidade que o nomeou. Raros serão os casos em que, por hipótese, o responsável pelo tratamento de dados ou o subcontratante poderão eximir-se da sua responsabilidade invocando, ao abrigo do art. 82.º, n.º 3, que “o facto que causou o dano não lhe é imputável”. Na realidade, a entidade em causa, quer se encontre legalmente vinculada à nomeação de um EPD ou o faça voluntariamente, assume o risco inerente à designação, ainda que por via de um contrato de prestação de serviços, de um EPD inábil ou negligente⁹⁸.

Sucedendo ainda que, podendo a *causa petendi* da ação indemnizatória sustentar-se não no ilícito aquiliano previsto no art. 82.º, mas no

⁹⁷ Vide ROCHA ANDRADE, Rodrigo, “Da Responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados”, *cit.*, pág. 37.

⁹⁸ Em sentido não inteiramente coincidente, excluindo a responsabilidade do responsável pelo tratamento de dados sempre que este “teve cuidado em escolher um EPD que prestava garantias de competência”, *idem*, pág. 36.

incumprimento do programa contratual acordado entre o responsável pelo tratamento de dados e o titular de dados pessoais ou na inobservância dos deveres laterais que a relação obrigacional congrega (art. 762.º, n.º 2, do Código Civil), o art. 800.º do Código Civil – que prescinde tanto da relação de comissão⁹⁹ como de uma dupla imputação – projetará diretamente sobre a esfera do responsável pelo tratamento de dados os atos praticados pelo EPD, como se tivesse sido aquela entidade a os praticar¹⁰⁰.

⁹⁹ Exige-se apenas uma “*relação específica entre o devedor e o terceiro utilizado no cumprimento*” (GRAÇA TRIGO, Maria, *Responsabilidade Civil Delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 242 e ss.), mesmo na ausência de qualquer subordinação, através da qual esse terceiro amplie o raio de atividade do devedor, auxiliando-o ou coadjuvando-o no cumprimento das suas obrigações contratuais.

¹⁰⁰ Sobre a contraposição entre os arts. 500.º e 800.º do Código Civil, por todos, MIRANDA BARBOSA, Mafalda, *Lições de Responsabilidade Civil, cit.*, pp. 429 e ss..