



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Encarregado de proteção de dados e a responsabilidade civil

Adriana do Socorro Lisboa Lopes Pontes

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto
2022



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

O Encarregado de proteção de dados e a responsabilidade civil

Adriana do Socorro Lisboa Lopes Pontes

Orientadora: Ana Isabel da Costa Afonso

Mestrado em Direito e Gestão

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2022

Agradecimentos

A Deus toda honra e toda glória. Porque Dele, por Ele e para Ele, são todas as coisas.

À Professora Doutora Ana Afonso, por ter aceitado a orientação, pela disponibilidade e incentivo revelados ao longo de todo o trabalho.

Aos amigos-irmãos que ganhei neste novo solo.

À Isabella minha filha querida, por entender o caminho e resolver trilhá-lo.

Aos meus sobrinhos para que sigam o caminho do saber.

Aos meus amados pais Joaquina e Miguel, incentivadores e minha eterna base!
Pelos anos de dedicação sem os quais, tudo seria diferente.

Ao meu amado marido Paulo Pontes, amigo, apoiador e fã, por nunca ter desistido de mim, mesmo quando eu já o havia feito. Amo-te!

“Os dados são o novo petróleo”. Clive Humby.

RESUMO

A evolução tecnológica trouxe mudanças contributivas com inegável simplificação da vida moderna. Porém, também nos expôs a riscos não antes pensados. A invasão à privacidade com geração de prejuízos reputacionais, com impacto económico e social, é uma realidade que temos que enfrentar. A intensificação da migração de dados pessoais nas últimas décadas, trouxe a necessidade de regulação da proteção de dados pessoais em âmbito mundial. Porém, como toda norma, para que se aproxime de seus objetivos, precisa de maturação. O Regulamento de Proteção de Dados Pessoais – RPDP (Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho) norma que regulamenta o assunto em Portugal, já é uma revisão da antiga norma revogada e não tratou especificamente acerca da responsabilidade civil do encarregado de proteção de dados, figura de importância no processo de segurança dos dados pessoais e que será o elo entre os responsáveis, os órgãos de controle e o titular dos dados na condução do processo de tratamento de dados pessoais das organizações. A lacuna na lei pode remeter a interpretações que corroboram não só o enfraquecimento das políticas internas de controle das organizações, como também, expõem os próprios envolvidos na cadeia da proteção de dados, peças centrais da regulamentação. O presente estudo pretende contribuir com respostas às questões acerca da responsabilidade civil dos responsáveis e subcontratados, com rebatimento necessário na responsabilidade civil do encarregado de proteção de dados, através de análise das peculiaridades da relação jurídica dos responsáveis e encarregados, da lei de proteção de dados em vigor e, considerando seus limites, do instituto da responsabilidade civil no âmbito legal e doutrinário, a fim de refletir e propor medidas acerca do tema. O encarregado de proteção de dados, tendo seu papel fortalecido e devidamente regulado, contribuirá para a eficiência do processo, maior segurança da organização e do titular dos dados, como reflexos também na livre circulação dos dados.

Descritores: responsável pela proteção de dados; responsabilidade civil; regulamento de proteção de dados.

ABSTRACT

Technological evolution has brought contributory changes with an undeniable simplification of modern life. However, it also exposed us to risks not thought of before. The invasion of privacy with the generation of reputational damage, with economic and social impact, is a reality that we must face. The intensification of the migration of personal data in recent decades has brought the need to regulate the protection of personal data worldwide. However, like any standard, to get closer to its goals, it needs maturation. The Personal Data Protection Regulation - RPDP (Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council), a rule that regulates the matter in Portugal, is already a revision of the former revoked rule and did not specifically address the civil liability of the person in charge. protection, figure of importance in the process of security of personal data and that will be the link between those responsible, the control bodies and the data subject in conducting the process of processing personal data of organizations. The gap in the law can lead to interpretations that not only support the weakening of the organizations' internal control policies, but also expose those involved in the data protection chain, central parts of the regulation. The present study intends to contribute with answers to the questions about the civil liability of those responsible and subcontractors, with the necessary impact on the civil liability of the data protection officer, through the analysis of the peculiarities of the legal relationship of those responsible and in charge, of the data protection law. in force and, considering its limits, of the civil liability institute in the legal and doctrinal scope, to reflect and propose measures on the subject. The data protection officer, having his role strengthened and properly regulated, will contribute to the efficiency of the process, greater security of the organization and the data subject, as well as reflections on the free flow of data.

Descriptors: data protection officer; civil responsibility; data protection regulation.

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão;

Art. – Artigo;

Arts. – Artigos;

CC – Código Civil;

Cit. – Citado;

DL – Decreto-lei;

GT 29- Grupo de Trabalho do Artigo 29

N.º – Número;

SS. – Seguintes

Ob.Cit.- Obra Citada

Pág. – Página;

RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados

Vol. – Volume.

Sumário

RESUMO	6
ABSTRACT	7
1. PANORAMA INTERNACIONAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS ..	13
2. ENQUADRAMENTO LEGAL DA FIGURA DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS	15
2.1. ENCARGOS DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS	16
2.2. AUTONOMIA TÉCNICA DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS	17
3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO RESPONSÁVEL E DO SUBCONTRATANTE PERANTE O TITULAR DE DADOS PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO AOS DADOS PESSOAIS	20
3.1. O RESPONSÁVEL E O SUBCONTRATANTE: ENCARGOS E RESPONSABILIDADES.....	20
3.2. CONTROLO COM PARTILHA DE MEIOS E FINALIDADES	23
3.2.1. <i>CONTROLO CONJUNTO: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA</i>	24
3.2.2. <i>CONTROLO PARALELO: RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL OU SOLIDÁRIA</i>	26
4. A EVENTUAL RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENCARREGADO DE DADOS PELOS SEUS ATOS.....	27
4.1. ATOS DOS REPRESENTANTES LEGAIS OU AUXILIARES – FALTA DE CUMPRIMENTO.....	31
4.2. ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS ASSUMINDO A POSIÇÃO DE DATA CONTROLLER.....	33

5. MEDIDAS DE PREVENÇÃO.....	35
6. SEGUROS DE RESPONSABILIDADE CIVIL COMO AMPARO À ATUAÇÃO DILIGENTE DO DPO	37
7. CONCLUSÕES:.....	38
BIBLIOGRAFIA	41
LEI E COMENTÁRIOS A LEIS.	43
DECISÕES DE TRIBUNAIS EUROPEUS.....	43
ARTIGOS E INFORMAÇÕES EM SITES	43

INTRODUÇÃO

O progresso tecnológico e a globalização foram os grandes impulsionadores da necessidade de se regular o mercado do fluxo de dados¹, uma vez que tais fatores são, em parte, responsáveis pela quantidade de dados transacionados e armazenados, vulgarmente designados de “Big Data”². A comercialização de dados³ tem implicações de ordem ética e social, as quais terão impacto no exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Sendo assim, regular este mercado é necessário. A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD)⁴, órgão estabelecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas, relata que até julho/2021, 66% (sessenta e seis por cento) dos países já possuem legislação de proteção de dados, e 10% (dez por cento) estão em fase de elaboração⁵. Minimizar riscos patrimoniais, reputacionais, legais, tecnológicos e cibernéticos, surge como foco da regulamentação, considerando o volume de dados como produto de comercialização em consequência do progresso tecnológico.

As regras de proteção de dados, no âmbito da União Europeia/EU, são normatizadas pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados – RGPD (Regulamento UE 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016), cujas penalidades incluem advertências, multas, coimas, bloqueios ou eliminação dos dados pessoais a que se refere a violação, dentre outros. Fazer cumprir as normas legais e regulamentares, as políticas internas e as diretrizes estabelecidas para a atividade, bem como evitar, detectar e tratar quaisquer desvios ou inconformidades que possam ocorrer, serão desafios a serem enfrentados. A figura do *Encarregado de Proteção de Dados* (designado pela sigla *DPO*,

¹ Vem do latim *datum* ou aquilo que se dá. Um dado é entendido como um elemento cujo conjunto pode gerar informação.

² “O conceito de *Big Data* não engloba apenas o volume e a diversidade dos dados tratados, mas também a possibilidade de serem analisados de forma a que se consigam extrair conclusões úteis para processos de decisão que digam respeito a indivíduos ou a grupos de pessoas. A utilização de *Big Data* tem implicações éticas e sociais para o exercício dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e é por isso fundamental que as entidades saibam como tratar estas grandes quantidades de dados pessoais.” <https://www.apsei.org.pt/areas-de-atuacao/seguranca-eletronica/protecao-de-dados/>, acessado em junho-2021.

³ Estima-se que empresas de porte do Vale do Silício (região da bacia de São Francisco, nos Estados Unidos, onde estão situadas empresas de alta tecnologia), têm como produto a comercialização de dados. <https://exame.com/tecnologia/tim-cook-diz-que-empresas-mais-bem-sucedidas-do-vale-do-silicio-vendem-as-informacoes-dos-usuarios/>, acessado em 02/09/2021.

⁴ Órgão estabelecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas. <https://unctad.org>, acessado em 28/07/2021.

⁵ <https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>, acessado em 14/07/2021.

correspondente a designação inglesa *Data Protection Officer*)⁶ é a pessoa, nomeada mediante requisitos legais pelo Responsável pelo tratamento dos dados pessoais das entidades, para assumir o encargo de *compliance*⁷ das entidades, no âmbito da atividade do respectivo responsável. Ao DPO será imputada a responsabilidade de ser intermediador entre as partes interessadas⁸, dentre outras⁹, tendo um papel essencial enquanto participante no processo de governação de dados. O DPO será o encarregado pelo desenvolvimento e manutenção do programa de conformidade à legislação e pela adoção de medidas que visem o cumprimento das regras por toda a organização.

Considerando que o RGPD tem previstos mecanismos de responsabilidade civil do responsável pelo tratamento (ou ao subcontratante)¹⁰ pelos danos sofridos por qualquer pessoa, bem como, mecanismos gerais para a entidade pública de controle aplicar coimas e multas, associada a ausência de previsão específica de responsabilização em âmbito civil do encarregado de proteção de dados. Far-nos-ia intuir que o profissional por estar privado de autonomia técnica¹¹, estaria “blindado” com a “vantagem” da “irresponsabilidade” em face justamente de sua competência?

Para melhor ilustrar as questões que vamos analisar, consideremos o seguinte exemplo: B foi contratado para ser encarregado de proteção de dados por A, que é responsável pelo tratamento de dados em uma organização, mediante um contrato de prestação de prestação de serviços. Foram-lhe proporcionados os meios humanos e materiais necessários para o exercício das funções previstas no Regulamento. C, titular dos dados pessoais, entra em contato com B, solicitando informações acerca do seu direito

⁶ Fora dos Estados-Membros, países como Argentina, Bahrain, Bielorrússia, Brasil, Canadá, Chile, China, Índia, Israel, Cazaquistão, Quirguistão, Madagáscar, México, Montenegro e Rússia contêm igualmente previsões legais que preveem a existência de pessoas especialmente designadas dentro de uma instituição enquanto responsáveis pela segurança dos dados pessoais e licitude dos tratamentos efetuados. Noutros países, como é o caso da Austrália, Japão e Mónaco, esta função não é legalmente prevista, mas a sua adoção pelos Responsáveis pelo Tratamento é vista pelas autoridades competentes como sendo uma boa prática. Numa perspectiva de direito comparado quanto à existência e funções atribuídas aos Encarregados de Proteção de Dados nos diversos ordenamento jurídicos, veja-se o motor de busca disponibilizado em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?c2=RU&c=DE&t=data-protection-officers> [consultado em novembro de 2021].

⁷ ANDRADE. Rodrigo Rocha. *Da responsabilidade do encarregado de proteção de dados*. Fórum de Proteção de Dados. Em foco: *o encarregado de proteção de dados*. Nº 07. Dez.2020. ss27.

⁸ Grupo de trabalho do art. 29º sobre proteção de dados. Parecer 1/2000 sobre os conceitos de responsabilidade pelo tratamento e subcontratante, wp 243, rev.01, 05/04/2017.

⁹ RGPD, art. 39º.

¹⁰ Cfr. Art. 33.º, n.º 3 da Lei n.º 58/2019.

¹¹ Cfr. Art. 38.º, n.º 3, do RGPD.

ao apagamento dos dados (direito ao esquecimento¹²). Porém, B acaba por prestar informações incorretas, fazendo com que C não tenha êxito em seu pleito, vindo a ter prejuízos pelo tratamento contínuo de seus dados. Neste caso, quem deverá ressarcir C, de seus prejuízos? O responsável, o encarregado, ou ambos?

E, em caso de B ser funcionário de A, tendo firmado com aquele um contrato de trabalho, haverá alteração no regime da responsabilidade civil? Em caso de danos ao titular, por atos ou omissões culposas, com preterição dos deveres normativos, só os responsáveis pelos dados ou subcontratantes respondem por eles? E se respondem, a responsabilidade será solidária ou individual? A natureza jurídica da relação entre o encarregado de proteção de dados e responsáveis tem relevância no âmbito da responsabilização civil?

Com este estudo intentamos contribuir com respostas às questões expostas, com base no direito português, através de análise do instituto da responsabilidade civil do encarregado de proteção de dados, no âmbito da lei de proteção de dados. Para tal procuramos analisar a lei e em face dos limites desta, procuramos auxílio no trabalho da doutrina para refletir sobre o tema.

1. PANORAMA INTERNACIONAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A proteção e a garantia dos direitos humanos fundamentais, já consagrada desde 1948, na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³, foi de certa forma, resgatada e repactuada pelos indivíduos e instituições, quando o direito a proteção de dados pessoais veio a ser regulado, de forma mais intensificada, nos anos 90. Segundo à UNCTAD¹⁴, até junho/2021, 128 de 194¹⁵ países já implementaram legislação para garantir a proteção de dados, garantir o direito à proteção da privacidade e à autodeterminação informacional¹⁶.

¹² RGPD, art.17º.

¹³ Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Art. 12º, que dispõe que “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação.”

¹⁴ Órgão estabelecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas. <https://unctad.org>, acesso em 28/07/2021.

¹⁵ <https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>, acessado em 14/07/2021.

¹⁶ A proteção de dados pessoais tem sido historicamente associada ao direito dos cidadãos autodeterminar as suas informações pessoais (autodeterminação informacional).

O panorama demonstra a preocupação mundial com a necessidade de implementar normas de tratamento adequadas com fins de proteção dos direitos fundamentais à privacidade, mas também, revela-se como elemento de inovação e fomento à economia, com geração de informação relevante para a livre circulação dos dados.

A expressão inglesa “*data is the new oil*”, que remonta a meados da década passada¹⁷, já refletia a importância dos dados. Na atualidade, conhecer o perfil do consumidor final em um mundo globalizado é de grande importância para a prospecção de negócios, aumentando assim a relevância contemporânea dos dados pessoais, que é um advento relativamente recente¹⁸. É uma das reverberações decorrentes das transformações tecnológicas ocorridas nos séculos XX e XXI.

Em notícia bem mais recente, por exemplo, o furto de dados de usuários da Uber¹⁹, causou prejuízos financeiros e de imagem à companhia, facto já recorrente²⁰. Outras empresas como Facebook²¹ e Google²² também já foram atacadas por *hackers* e multadas por vazamento de dados dos usuários, fatos que nos remetem à demasiada importância da gestão interna do responsável dos dados e, por conseguinte, do DPO que funcionará como “autoridade de controlo interno” de elevada projeção para a consecução dos objetivos de proteção.

A primeira lei mundial de proteção de dados foi elaborada na Alemanha, em 1970²³. Em Portugal a matéria só foi legislada em 1991, com a Lei n.º 10/91. Mais tarde, em 1995, foi criada a Diretiva Europeia de Proteção de Dados (Diretiva 95/46/CE).²⁴ Exatamente dois anos após ser aprovada, a lei que regula o tratamento de dados no âmbito

¹⁷ DENNIS D. HIRSCH, *The Glass House Effect: Big Data, The New Oil, and the Power of Analogy*, 66 Me L Rev, 2014, 374-395, 374, nota 1, apud/cit. por CORDEIRO, António Menezes – *Direito da proteção de dados: à luz da lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 29.

¹⁸ Se considerarmos o tempo que uma descoberta leva para ser absolvida e gerar reflexos no comportamento social, de forma ampla.

¹⁹ https://www.jornalcomercio.com/_conteudo/2017/11/economia/597592-hackers-roubam-dados-de-57-milhoes-de-usuarios-de-uber.html

²⁰ <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/uber-admite-ter-sido-alvo-de-ataque-hacker-que-roubou-dados-de-57-milhoes-de-usuarios-em-2016.ghtml>

²¹ <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/07/24/facebook-pagara-multa-de-us-5-bilhoes-por-violacao-de-privacidade.ghtml>

²² <https://olhardigital.com.br/noticia/suecia-multa-google-por-negligenciar-pedidos-de-remocao-de-conteudo/97990>

²³ MENKE, Fabiano. *A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão*. Centro de Estudos de Direito Civil. Revista jurídica luso-brasileira, Ano 5. 2019, n.º 1, pág. 782. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf. Consultado em 28.09.2022.

²⁴ <https://www.apsei.org.pt/areas-de-atuacao/seguranca-eletronica/protacao-de-dados/>

da União Europeia, entrou em vigor. Em 25 de maio de 2018, a GDPR, *General Data Protection Regulation*²⁵, diretiva 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, revogou a Diretiva 95/46/CE, que também regia o assunto.

Atualmente, o tratamento de dados pessoais em Portugal é regido pelo *RGPD – Regulamento Geral de Proteção de Dados* e pela Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto, que 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 dados²⁶. No entanto, a autoridade supervisora local (CNPD – Comissão Nacional de Proteção de Dados) emitiu a Decisão 494/2019 decidindo não aplicar certas disposições dessa lei por serem consideradas em contradição com o RGPD. Tais contradições, no entanto, não serão objeto de presente trabalho.

2. ENQUADRAMENTO LEGAL DA FIGURA DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS

O papel do encarregado de proteção de dados não é novo e já era previsto pela Diretiva 95/46/CE, revogada. O Regulamento atual, visando acautelar a tutela dos titulares dos dados e a necessidade de tratamento adequando com fins de otimização de recursos e incremento organizacional, previu nos artigos 37º, 38º e 39º do RGPD a possibilidade de indicar um encarregado, que, apesar de implementação facultativa em Portugal, é fortemente recomendada, em organizações que tratem dados pessoais sensíveis, conforme já recomendava o GT 29.º - Grupo de Trabalho do Artigo 29.²⁷.

O GT 29.²⁸ é o grupo de trabalho europeu independente que lidou com as questões relacionadas com a proteção de dados pessoais e da privacidade até 25 de maio de 2018

²⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>,

²⁶ <https://dre.pt/pesquisa/-/search/123815982/details/maximized>

²⁷ GT 29. Grupo de trabalho do art. 29º para proteção de dados. Orientações sobre encarregados de proteção de dados (DPO). Wp 243 rev.01, adotados em 13.dez.2016, por último revistas a 5.abr.2017, pág.5

²⁸ Cfr. GT 29.º, pág.5.

(data de aplicação do RGPD). Mesmo antes da adoção do RGPD, o grupo já se declarou favorável a iniciativa voluntária de nomear um encarregado de proteção de dados, ainda que a lei o torne facultativo, pois, ele é um “ pilar da responsabilidade” e que a nomeação de um encarregado de proteção de dados “pode facilitar a conformidade”. Além disso, a nomeação de um DPO “poderá propiciar uma vantagem competitiva às empresas”.

Nos arts. 37º, 1, do RGPD e 13.º, da Lei n.º 58/2019 (LE), está previsto que a designação será obrigatória, quando o tratamento for efetuado (i) por uma autoridade ou um organismo público, excetuando os tribunais no exercício da sua função jurisdicional; ou quando (ii) as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, exijam um controlo *regular e sistemático* dos titulares dos dados em grande escala; ou (iii) as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento em *grande escala* de categorias especiais de dados nos termos do artigo 9º e de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações a que se refere o artigo 10º.

2.1. ENCARGOS DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS

A título de observação, desde já nos deparamos nos textos citados alhures, com expressões que não são claras, por ocasião da própria decisão por designar ou não um encarregado de proteção de dados, tais como: “controlo regular e sistemático” e “grande escala”. Já estaríamos, portanto, diante de alguma dificuldade quando da aplicação clara e expressa do ordenamento em tema, haja vista as expressões, *per se*, não sustentarem um conceito capaz de atender à exequibilidade da norma, carecendo ainda de algum tipo de “regulamentação”, que o GT-29²⁹ adiantou, além de doutrinadores que se dedicaram ao tema³⁰, nomeadamente, os *considerandos*³¹ à própria lei que pretendem elucidar o tema, ou pelo menos, facilitar a aplicação da lei.

²⁹ Cfr. GT 29.º, pág.9

³⁰ PINHEIRO, Alexandre Souza, Cristina Pimenta Coelho, Tatiana Duarte, Carlos Jorge Gonçalves, Catarina Pina Gonçalves. *Comentário ao regulamento geral de proteção de dados*. Almedina. Dez.2018, pág. 471.

³¹ Reza o Considerando 24, do RGPD, pág. L.119/5 que “a fim de determinar se uma atividade de tratamento pode ser considerada «controlo do comportamento» de titulares de dados, deverá determinar-se se essas pessoas são seguidas na Internet e a potencial utilização subsequente de técnicas de tratamento de dados pessoais que consistem em definir o perfil de uma pessoa singular, especialmente para tomar

De acordo com o RGPD o encarregado deverá, pelo menos, informar e aconselhar os responsáveis, controlar a conformidade do Regulamento, prestar aconselhamento, cooperar com a autoridade de controlo, tendo em devida consideração os riscos associados³². Ele é designado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, nos seus conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados³³. Ou seja, estamos a falar de um profissional, que por um lado, deve ter um nível de especialização suficiente para lidar com determinada complexidade e quantidade de dados pessoais e, por outro, com conhecimentos e competências no âmbito das operações de tratamento realizadas pela organização responsável. O considerando 97 do RGPD prevê que “o nível necessário de conhecimentos especializados deverá ser determinado, em particular, em função do tratamento de dados realizado e da proteção exigida para os dados pessoais tratados pelo responsável pelo seu tratamento ou pelo subcontratante”. Percebe-se que idealmente o profissional encarregado deveria ser alguém capaz de conciliar conhecimentos de, pelo menos, três áreas: tecnológica, gestão e jurídica, tal a abrangência do tema.

2.2. AUTONOMIA TÉCNICA DO ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS

Considerando os riscos a que está exposta a organização, em caso de tratamento indevido de dados, o RGPD tem previstos mecanismos de responsabilidade civil imputáveis ao responsável pelo tratamento³⁴ pelos danos sofridos por qualquer pessoa, bem como mecanismos gerais para a entidade pública de controle, para aplicar coimas e multas. Dispõe ainda o Regulamento que qualquer pessoa que tenha sofrido dano em função da violação das normas lá descritas, terá direito a receber indemnização por responsabilidade civil, nos moldes do art. 82º/1 da RGPD. Apesar de todos os envolvidos na cadeia da proteção de dados estarem submetidos³⁵ aos mesmos princípios, enfatiza-se,

decisões relativas a essa pessoa ou analisar ou prever as suas preferências, o seu comportamento e as suas atitudes.”

³² Cf. Art. 39.º, n.º 1 e 2, do RGPD

³³ Cf. Art. 37.º, n.º 5, do RGPD

³⁴ Cfr. Art. 33.º, n.º 3 da Lei n.º 58/2019.

³⁵ Cfr. Art. 10.º, n.º 2, Lei n.º 58/2019, de 08 de Agosto.

porém, a relevância do desempenho das funções e atribuições do DPO com *autonomia*³⁶, *independência e isenção, ao abrigo do sigilo e confidencialidade* que lhe são exigíveis por lei³⁷, que se mantém mesmo após o termo das funções que lhes deram origem³⁸, sob pena de responsabilidade civil, inclusive.

O item 3, do art. 38 do RGPD, dispõe:

3. O responsável pelo tratamento e o subcontratante asseguram que o encarregado da proteção de dados não recebe instruções relativamente ao exercício das suas funções. O encarregado não pode ser destituído nem penalizado pelo responsável pelo tratamento ou pelo subcontratante pelo facto de exercer as suas funções. O encarregado da proteção de dados informa diretamente a direção ao mais alto nível do responsável pelo tratamento ou do subcontratante.

O DPO assume uma posição *independente* em relação ao responsável pelo tratamento ou ao subcontratado e tem como principal missão, o acompanhamento do cumprimento das regras instituídas pelo RGPD, garantindo a segurança das informações de clientes, fornecedores e da própria empresa. O *dever de sigilo e lealdade* também lhe são correlatos.

Dependendo da situação concreta e da vontade das partes, o DPO poderá integrar ou não a estrutura do responsável ou do subcontratante, vindo a ter vínculo trabalhista ou exercer suas atividades com base em um contrato de prestação de serviços³⁹. E, em caso de ser um trabalhador interno, poderá acumular funções, desde que não resultem em conflito de interesses⁴⁰. Não pautaremos discussão acerca da possibilidade ou não de contratação de pessoas coletivas para prestar serviços de DPO, ao arpejo da doutrina

³⁶ Cfr. Art. 38.º, n.º 3, do RGPD

³⁷ Cfr. Art. 38.º, n.º 5, do RGPD

³⁸ Cfr. Art. 10.º, n.º 1, Lei n.º 58/2019, de 08 de Agosto.

³⁹ Cf. Art. 37.º, n.º 6, do RGPD

⁴⁰ Cf. Art. 38.º, n.º 6, do RGPD e art. 12.º, n.º 5 da Lei n.º 58/2019.

alemã⁴¹, uma vez que o próprio GT 29º, considerou ser possível⁴², cabendo então, à entidade contratante definir a melhor estratégia de contratação.

O encargo de cooperador com a autoridade de controlo não pode afetar a natureza das relações existentes com o responsável ou com o subcontratante, à medida que o DPO continua a ser vinculado aos responsáveis e subcontratados, exercendo suas atividades sob o comando e por conta dos respectivos responsáveis. Similarmente aos profissionais do *compliance*, da auditoria, por exemplo, o DPO tem o dever de verificar, reportar e documentar. Porém, sozinho, não terá o condão de garantir o cumprimento da legislação. Ele precisa reportar e dar visibilidade as suas atividades, através de relatórios de impacto e outros correlatos, enviados à direção, com fins de atendimento aos ditames do regulamento, uma vez que considerando a possibilidade de violação, o profissional, se acionado, terá como comprovar sua diligência e atuação não concorrente aos motivos da violação. É fundamental, também, que o DPO conheça o setor económico e a própria estrutura organizacional do responsável pelo tratamento. E, ainda ter um bom conhecimento das operações de tratamento efetuadas, bem como dos sistemas de informação, das medidas de segurança dos dados já adotadas e das necessidades de proteção de dados do responsável pelo tratamento. Sopesando acerca da multidisciplinidade da função, das implicações oriundas de seu incumprimento (repercussão para o futuro dos negócios) e da responsabilidade perante terceiros, o encarregado deverá também receber o suporte devido (já previsto em lei, inclusive) e ter respaldo para realização de suas atividades.

O RGPD estabelece as regras relativas ao tratamento de dados pessoais e foi concebido para servir as pessoas⁴³. Nele deverá conter a descrição das responsabilidades dos envolvidos no processo, a fim de propiciar evidências para um controlo eficaz.

⁴¹ Por todos: *Bergt, Anotações ao art. 37.º do RGPD em Kühling/Buchner*, Rn. 36 e *Helfrich, Anotação ao art. 37.º do RGPD em Sydow*, Rn. 116 ss, apud/cit. por CORDEIRO, António Barreto Menezes Cordeiro. Direito da proteção de dados à luz do RGPD e da lei n.º 58/2019. Ed. Almedina. Coimbra. 2020, pág. 368.

⁴² Grupo de trabalho do art. 29º para proteção de dados. Orientações sobre encarregados de proteção de dados (DPO). Wp 243 rev.01, adotados em 13-dez-2016, por último revistas a 5/04/2017, pág. 14.

⁴³ Cf. Considerando 4, do RGPD.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DO RESPONSÁVEL E DO SUBCONTRATANTE PERANTE O TITULAR DE DADOS PELA VIOLAÇÃO DO DIREITO AOS DADOS PESSOAIS

3.1. O RESPONSÁVEL E O SUBCONTRATANTE: ENCARGOS E RESPONSABILIDADES

A institucionalização da figura do *encarregado de proteção de dados* tem o objetivo de contribuir para a descentralização das rotinas administrativas e jurídicas que envolvem a proteção de dados, com fins de criar rotinas de autorregulação, com foco no cumprimento das obrigações (*role-responsibility*) e, por conseguinte, na redução de intervenções constantes, por parte das autoridades de controlo, diminuindo os riscos a responsabilizações (*liability responsibility*)⁴⁴. Não cabendo, portanto, ao DPO, determinar as finalidades e nem os meios de tratamento de dados pessoais (art. 4.º/7, RGPD), nem atuar neste âmbito, por conta do Responsável pelo tratamento.

São sujeitos com atribuições no âmbito da proteção dados do Regulamento, dentre outros, o responsável pelo tratamento (art. 4.º, 7), o subcontratante (art. 4.º, 8); o titular dos dados (art. 4.º, 1), o encarregado de proteção de dados (art. 39.º) e a autoridade de controlo (art. 39.º, 21).

O responsável 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. Também chamado de controlador

⁴⁴ Cfr., para uma adequada compreensão dos diversos sentidos com que pode ser assumido o termo responsabilidade, H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility, Essays in the Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1968, 210 s. Apresentam-se, aí, quatro sentidos para o termo *responsability*. A *role-responsability*, indicando que, se uma pessoa está investida num determinado cargo, lugar, estatuto, papel, fica adstrita a especiais deveres, alguns dos quais se prendem com a promoção do bem-estar dos outros ou a prossecução dos objetivos de uma dada organização; a *causal-responsability*, em cuja aceção o responsável se vem a identificar com o causador de um ato, pelo que não só os humanos, mas também as coisas, os animais ou os fenómenos não humanos podem ser considerados responsáveis (cf. p. 214); a *liability responsibility*, que, ao contrário do sentido prévio, implica já uma assunção acerca do mérito da conduta, afastando-se do mecanicismo característico da visão da responsabilidade/causalidade, a implicar a responsabilidade como o desencadear de um efeito na realidade, tanto mais que a pessoa pode ser responsabilizada, neste sentido, pelos atos praticados por terceiros; a *capacity responsibility*, intrinsecamente ligada à anterior, na medida em que a responsabilização do agente implica a existência de determinadas faculdades mentais e psicológicas sem as quais ele não se autodetermina, pelo que, em última instância, denotamos já o apelo a um dado sentido de liberdade sem a qual a primeira não pode ser tematizada (cf. p. 226-227). *Apud/cit.* por BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira de Miranda. Data controller e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. Revista de Direito Comercial. Publicação online anual. ISSN 2183-9824. 15/03/2018. p. 417 e 418. <https://www.revistadedireitocomercial.com/data-controllers-e-data-processors>.

ou controller. Já o subcontratante (art. 4.º, 8) será uma pessoa singular ou coletiva, a autoridade pública, agência ou outro organismo que trate os dados pessoais *por conta* do responsável pelo tratamento destes. Também designado processador ou *processor*. Por sua vez, o titular (art. 4.º, 1) será a pessoa singular identificada ou identificável, a quem se referem os dados pessoais que serão objeto de tratamento. Já a autoridade de controlo (art. 39.º, 21) é autoridade pública independente criada por Estado-Membro nos termos do artigo 51º, responsáveis pela fiscalização da aplicação do Regulamento. Terceiro será aquele que não faz parte integrante de contrato ou, que seja estranho à situação jurídica. À luz do RGPD não são terceiros, os sujeitos indicados no Regulamento (arts. 4.º, 37.º e 39.º) e, todos os demais sujeitos que se encontrem, formal ou substancialmente, na dependência ou na estrutura do responsável e do subcontratante⁴⁵.

O encarregado de proteção de dados (*DPO*) - art. 39º será a pessoa indicada pelo responsável ou pelo subcontratante para atuar como canal de comunicação entre o responsável, os titulares dos dados e a Autoridade de Controlo. É um delegado para a proteção de dados que tem imposta a obrigatoriedade de designação a um conjunto delimitado de situações, nos moldes do art. 37º, do Regulamento;

Dentre os atores da relação emerge de importância o responsável, o subcontratante e o encarregado de proteção de dados.

O responsável pelo tratamento de dados é responsável (*liability*) pelo cumprimento dos princípios dispostos no nº 1, do art. 5º, do RGPD, que trata dos *princípios relativos ao tratamento de dados pessoais*, tendo este o dever de “aplicar medidas técnicas e organizativas que forem adequadas para assegurar e poder comprovar a conformidade do tratamento”⁴⁶. É o agente principal no processo de cumprimento das regras do Regulamento, podendo proceder a esse tratamento internamente ou adjudicá-lo a um subcontratante que efetuará o tratamento *por sua conta*, nos termos do artigo 28º. Apenas é possível recorrer a subcontratantes que apresentem garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas de uma forma que o tratamento satisfaça os requisitos da proteção de dados contidos no Regulamento.

⁴⁵ CORDEIRO, António Barreto Menezes Cordeiro. Direito da proteção de dados à luz do RGPD e da lei nº 58/2019. Ed. Almedina. Coimbra. 2020. Pág. 311.

⁴⁶ RGPD, art.24º, 1.

O subcontratante, por sua vez, não pode transmitir os dados a outro subcontratante sem que o responsável pelo tratamento tenha dado por escrito autorização, genérica ou específica, para o ato. Nos termos do artigo 28º/3 do RGPD, “*o tratamento em subcontratação é regulado por contrato ou outro ato normativo ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros, que vincule o subcontratante ao responsável pelo tratamento, estabeleça o objeto e a duração do tratamento, a natureza e finalidade do tratamento, o tipo de dados pessoais e as categorias dos titulares dos dados, e as obrigações e direitos do responsável pelo tratamento*”.

A existência de um subcontratante depende de uma decisão tomada pelo responsável pelo tratamento, que pode optar entre tratar os dados no seio da sua organização, através de pessoal habilitado a tratar os dados sob a sua autoridade direta, ou confiar a totalidade ou parte das atividades de tratamento a organização externa, ou seja, a “*uma pessoa juridicamente distinta que aja por sua conta*”⁴⁷, que é designado de subcontratado.

O subcontratante, por si e por seus colaboradores, obriga-se a atuar nos moldes do contrato celebrado entre as partes e em conformidade com a legislação vigente sobre proteção de dados pessoais, com as determinações de órgãos oficiais sobre a matéria, além das normas de proteção de dados pessoais dos países onde houver o tratamento dos dados pessoais. Na execução do contrato, a responsável (controlador) pelos dados tomará as decisões referentes ao tratamento dos dados pessoais e o subcontratante (processador) realizará o tratamento dos dados pessoais em nome do primeiro.

Há que se enfatizar, em tempo, que o responsável pelo tratamento e subcontratante, são figuras que *não se confundem*, são *pessoas formal e materialmente distintas*. O subcontratante é um mandatário do responsável e, a este, são imputadas algumas atribuições que tornam a distinção em pauta tanto mais evidente: i) utilização discricionária dos dados pessoais; ii) junção de dados próprios aos dados que lhes foram transmitidos; iii) aplicação dos dados transmitidos para propósitos próprios ou distintos dos originais; iv) recolha de dados diretamente junto aos titulares; v) assunção de responsabilidades autónomas no tratamento de dados.⁴⁸

⁴⁷ GT 29.º. Pág 23.

⁴⁸ Cfr. CORDEIRO. Pág. 309.

3.2. CONTROLO COM PARTILHA DE MEIOS E FINALIDADES

O contrato a ser celebrado entre o subcontratante e o responsável pelo tratamento, deverá ter, pormenorizadamente, a indicação dos encargos e responsabilidades inerentes às partes, deveres específicos, dever de *report*, responsabilidades em caso de vazamento e outros afins, haja vista que o Regulamento *estabeleceu a inversão do ônus da prova favorável aos interesses do lesado*, a quem basta demonstrar os prejuízos sofridos por uma operação de tratamento da incumbência do responsável pelo tratamento ou do subcontratado, para que possa pleitear indemnização. Cabendo, por sua vez, aos responsáveis, dependendo da situação, demonstrar que não são responsáveis pelos fatos geradores do dano.

Em razão da responsabilidade objetiva do responsável (art. 82.º/2, RGPD) que tem sua imputabilidade registrada claramente no Regulamento e, subjetiva do subcontratante (art. 82.º/2, 2.ª parte), considerando que o mesmo só será responsabilizado se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do regulamento dirigidas especificamente a si ou, se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável, verifica-se que o Regulamento fortaleceu a proteção ao titular de dados/lesado, porém, submergiu à critérios mais complexos a defesa dos responsáveis e delegados destes.

O art. 82.º/2 dispõe que *qualquer responsável* pelo tratamento que nele esteja envolvido, é responsável pelos danos causados pelo tratamento indevido. Porém, o subcontratante responderá pelos danos, *apenas* se não tiver cumprido com as obrigações do art. 82.º/2 (2ª parte) especificadas no parágrafo anterior. Ficando, entretanto, isento de responsabilidade, conforme nº 3 do mesmo art., se provar que não é responsável pelo evento que deu origem aos danos.

Em havendo pluralidade de responsáveis e/ou subcontratantes, a lei, no nº 4, determina que todos serão responsáveis pela totalidade dos danos, sendo previsto o direito de regresso, no nº 5, considerando as respectivas partes de responsabilidades, nos moldes do nº 2. Note-se que a *liability* do responsável pelo tratamento se verifica quando este está envolvido no tratamento de dados, de outra forma, a responsabilidade do

subcontratante só tem lugar nos casos em que este não cumpra as obrigações decorrentes do regulamento, que lhe são dirigidas (art.28º), conforme já mencionamos.

O art. 82.º/1 dispõe ser o responsável pelos dados ou o subcontratante os “devedores” de *qualquer indemnização* devida por danos sofridos. Note-se também, que o Considerando 146, dispõe que estes deverão “reparar quaisquer danos de que alguém possa ser vítima em virtude de um tratamento que viole o presente regulamento...” e que, “os titulares dos dados deverão ser integral e efetivamente indemnizados pelos danos que tenham sofrido”, o que nos remete a ideia de ligação intrínseca entre os danos causados e o titular dos dados e, para além disso, que o legislador pretendeu fazer referência não só aos danos materiais, como aos danos morais, o que nos induz a conclusão de que a titularidade do direito será, pelo menos, das pessoas singulares.

Nos moldes do art. 28º/3 o tratamento em subcontratação deve, no sentido de dar mais robustez a relação jurídica e eficácia à gestão dos dados, estabelecer vínculos, finalidades, obrigações e direitos, dentre outros. Lembrando ainda que deverão ser formatados códigos de conduta, realização de *privacy impact assessment* (PIA), notificações obrigatórias e, ainda, a nomeação de um encarregado de proteção de dados, nos casos regidos pela lei (art. 37º).

A anterior diretiva não impunha obrigações diretas ao subcontratante, estando apenas vinculados às obrigações previstas contratualmente entre este e o responsável. Já o RGPD estipulou especificamente obrigações destinadas ao responsável pelos dados e ao subcontratante, nos arts. 24º e 28º, respectivamente, incluindo igualmente cláusulas que devem figurar nos contratos de tratamento de dados celebrados entre ambos. Para além do conteúdo mínimo, o contrato pode ainda estipular os limites expressos de responsabilidade de cada agente, ao abrigo do RGPD e fixar limites indemnizatórios ou penalidades. Podem, ainda, ser reguladas as matérias respeitantes a obtenção do consentimento, obrigação de organização e manutenção do registo das atividades de tratamento, excludentes de responsabilidades, bem como as medidas técnicas e organizativas.

3.2.1. CONTROLO CONJUNTO: RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

O Parecer 01/2010, do GT 29.º, apesar de ainda ter como base a Diretiva 95/46/CE, já defendia que quem assumisse indevidamente a posição de controlador, ditando meios e finalidades do tratamento de dados, deverá responder como tal, para efeitos indenizatórios. Barbosa (2018)⁴⁹, defende da mesma forma, que não só aquele que de fato tem como prerrogativa legal os encargos de controlador será passível de responsabilização. Aqueles que, como já dissemos, assumirem este encargo mesmo que indevidamente, também poderão ser responsabilizados. Ou seja, qualquer pessoa que tratar os dados de forma indevida, já se incumbe de pressuposto suficiente para assumir para si responsabilidades em âmbito civil, conforme o caso. Na verdade, entende-se que a forma de controlo, com partilha de meios e finalidades ou não, serão determinantes para averiguação da reponsabilidade solidária ou individual, uma vez que a responsabilidade objetiva, já resta consagrada ao responsável, cabendo apenas a análise da possibilidade de solidariedade.

Então, se o controlo for diagnosticado como *conjunto*, ou seja, responsável e subcontratante partilham a mesma finalidade e meios, uma vez cumpridas as regras de contratação já mencionadas e, em havendo violação ao RGPD, haverá *responsabilidade solidária* entre *responsável e subcontratante diante do titular lesado*, solução essa resultante da leitura do art. 82º/2 e 4 do RGPD, com base no art. 497º, do Código Civil, com direito de regresso na medida das respetivas culpas. Há de se enfatizar, que o n.º 2, do artigo 497º CC, presume “iguais culpas das pessoas responsáveis”. Então, no caso em que somente o subcontratante seja efetivamente responsável pelos atos danosos, só em relação a este será admissível o direito de regresso⁵⁰, em caso de controlo conjunto, segundo a análise do grau de culpabilidade e dos resultados produzidos.

Em decisão de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu que uma comunidade religiosa⁵¹, como a comunidade das Testemunhas de Jeová, é conjuntamente responsável com os seus membros pregadores pelo tratamento dos dados

⁴⁹ BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira de Miranda. Data controller e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. Revista de Direito Comercial. Publicação online anual. ISSN 2183-9824. 15/03/2018. p. 447. <https://www.revistadedireitocomercial.com/data-controllers-e-data-processors>.

⁵⁰ COSTA, Mário Júlio Britto de Almeida. Direito das Obrigações, 11º ed. rev. e atualiz. (Manuais Universitários). Almedina. 2008. Coimbra. p. 607 e 651.

⁵¹ Acórdão Testemunhas de Jeová. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferido no processo n.º C-25/17, de 10 de julho de 2018.

peçoais recolhidos no contexto de uma atividade de pregação porta a porta. O exemplo retrata a relação de controle conjunto com mesma finalidade e meios.

3.2.2. CONTROLO PARALELO: RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL OU SOLIDÁRIA

Em caso de controlo paralelo, quando o responsável (*controller*) pelos dados partilha dados de forma eventual, não partilhando, portanto, nem meios e nem finalidades com o *processor* (subcontratante), em caso de violação dos dados pela organização que recebeu os mesmos, esta será responsabilizada de forma individual perante o titular de dados, acerca dos danos que possam emergir.

Como exemplo, imaginemos que uma seguradora que envia dados de seus clientes de forma eventual, para uma empresa de aluguer de veículos, por ocasião da necessidade de substituição em face de sinistro com o veículo segurado. Verifica-se que não há neste caso partilha de meios e finalidades por parte dos interessados. Não há conjugação de objetivos e, em caso de violação das regras do Regulamento por parte da referida prestadora de serviços, em face do disposto no art. 28.º/10, do RGPD, o subcontratante, terá assumido indevidamente a posição de responsável, para todos os afeitos legais.⁵²

Entretanto, se o primeiro responsável pelo tratamento preterir de suas funções no sentido de não observar os critérios de escolha do subcontratante (*processor*), que no exemplo alhures seria a empresa de *rent a car* e, não exigir garantias de cumprimento de nível de proteção idêntico ao que regulamento dispõe para esse “novo *controller*”, poderemos estar diante de um caso de responsabilidade *solidária*, nos moldes do art. 82º/4 do RGPD e 497º do Código Civil, pois teremos vários responsáveis pelo dano.

Em tempo, em caso da organização recetora dos dados, resolver tratar os dados por sua conta (art. 28º/10 RGPD), assumindo nova finalidade para o tratamento, por exemplo, mas no exercício da função que lhe foi confiada, poderemos estar diante de responsabilidade do comitente⁵³ (art. 500/2, do Código Civil) diante dos danos que o comissário causar, com direito a regresso nos moldes do art. 500/3, CC, verificados todos

⁵² Cfr. BARBOSA. Pág. 447.

⁵³ Cfr. BARBOSA. Pág. 448.

os pressupostos da responsabilidade civil. Para que tal premissa se realize, teremos de estudar o pressuposto da subordinação, intrínseca ao enquadramento da responsabilidade por comissão, que faremos mais a seguir, inserindo a figura do DPO na hipótese.

4. A EVENTUAL RESPONSABILIDADE CIVIL DO ENCARREGADO DE DADOS PELOS SEUS ATOS

Uma vez discutida a questão da responsabilidade dos responsáveis, passamos a analisar a situação do DPO, que será um mandatário dos responsáveis na condução do processo de proteção dos dados.

O artigo 38.º, n.º 3, do RGPD, estabelece determinadas garantias básicas no sentido de ajudar a assegurar que os encarregados de proteção de dados tenham condições para executar as suas tarefas com suficiente grau de autonomia no seio da sua organização. Concretamente, os responsáveis pelo tratamento/subcontratantes devem assegurar que o DPO “*não receba* instruções relativamente ao exercício das suas funções”, conforme já discorremos no item 2.2, deste estudo. O Considerando 97 do RGPD, refere, ainda, que o DPO, “sejam ou não empregados do responsável pelo tratamento, deverão estar em condições de desempenhar as suas funções e atribuições *com independência*”⁵⁴. A autonomia do encarregado de proteção de dados não implica, entretanto, que lhes sejam conferidos poderes decisórios que extravasem os seus encargos em conformidade com o artigo 39.º.

A lei portuguesa contempla a possibilidade de responsabilização por atos danosos a terceiros que não tenha diretamente cometido, em função da conexão com o autor efetivo, mesmo que este tenha perfeita capacidade jurídica para responder pelo feito. Trata-se de um regime de responsabilidade objetiva por fato de outrem, que contempla alguns prerequisites para a configuração da responsabilidade civil por comissão, primeiramente, nos moldes do art. 500, do Código Civil.

⁵⁴ Cfr. GT 29.º, pág. 17.

São pressupostos para a responsabilidade civil em razão do artigo citado, não só a própria *i)* relação de comissão, a ser discutida, mas também que sobre o comissário recaia também a *ii)* obrigação de indemnizar, e, ainda, que o fato danoso tenha sido *iii)* praticado no exercício da função que lhe foi atribuída⁵⁵. O próprio RGPD já dispõe acerca da obrigação de indemnizar, quando no art. 82.º/1, determina que qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a violação na norma, tem direito a receber indemnização do responsável ou do subcontratante. Já no que tange ao terceiro requisito, partiremos da premissa de que os atos danosos satisfizessem o pressuposto, ou seja, os atos seriam praticados no exercício ou em razão da função normatizada, uma vez que não seria este o cerne da questão em discussão no presente trabalho.

Temos então, dentre os pressupostos da responsabilidade civil do comitente por fato do comissário, a necessária relação de subordinação⁵⁶ entre o referido e o comissário, só podendo haver responsabilização do comissário por atos do comitente, quando este estiver por conta e sob *direção* daquele⁵⁷. A comissão pressupõe uma <<relação de dependência>> entre o comitente e o comissário, que autorize aquele a dar ordens e instruções a este. Só essa possibilidade de direção é capaz de justificar a responsabilidade do primeiro pelos atos do segundo⁵⁸, apesar de, como já discorremos, haver posições doutrinárias divergentes neste sentido (nota 55).

Para que se possa apurar a probabilidade de uma relação de comissão, a doutrina maioritária entende como decisiva⁵⁹ a necessidade de verificação da relação de

⁵⁵ PROENÇA, José Brandão *et al.*. Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral. Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito. Lisboa. Ed. UCE. 2019. pág. 386.

⁵⁶ Ver, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 565; Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Almedida, Coimbra, 1990 (reimpressão as 2.ª ed. de 1987/1988), p.12; Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., 1980, pág. 371; Nunes de Carvalho, *A responsabilidade do comitente*, in, *Revista dos Advogados*”, 1988, I, pág. 91; Sofia S. Galvão, *Reflexões a cerca da responsabilidade civil do comitente do direito civil português*, AAFDL, 1990, págs. 104 e s. Em sentido diferente, Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, Vol. I, 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2002, pág. 344, afirma que a exigência do nexo de subordinação “faria sentido se a concepção da responsabilidade do comitente se baseasse na doutrina do risco de autoridade. Ora, é manifesto que não é essa a solução do nosso direito, já que a responsabilidade do comitente se mantém mesmo que o comissário desrespeite as suas instruções ou atue intencionalmente (art. 500.º, n.º 2), bastando que esteja no exercício da função. Não se vê, por isso, 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.”

⁵⁷ Antunes Varella, *Das Obrigações em geral*, vol. I, 10ª ed., Almedina, Lisboa, 2000, pág. 640.

⁵⁸ Pires de Lima/Antunes Varella, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed. (com colaboração de M. Henrique Mesquita), Coimbra Editora., Coimbra, 1997, pág. 508.

⁵⁹ Ver, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., pág. 565; Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, Vol. II, Almedida, Coimbra, 1990 (reimpressão as 2.ª ed. de 1987/1988), p.12; Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., 1980, pág. 371; Nunes de Carvalho, *A responsabilidade do comitente*, in, *Revista dos Advogados*”, 1988, I, pág. 91; Sofia S. Galvão, *Reflexões a cerca da responsabilidade civil do*

subordinação entre as partes. Não sendo este requisito meramente *técnico*, para “*imputação do dano ao comitente que se imponha para substituir e colmatar a ausência do vínculo creditício referido no art. 800.º do código civil (atos dos representantes legais ou auxiliares)*”⁶⁰.

Não existe, pois, relação de comissão – por faltar a necessária subordinação – quando alguém presta serviços a outrem com autonomia em relação a esse. Posição discordante emitiu o Acórdão da Relação do Porto, de 28.01.1988⁶¹, a propósito de um acidente mortal durante a realização dos serviços em barragem do Douro, em face da ré (empregadora), tendo sido considerada comitente e, o dono da obra, comissário, para todos os efeitos. Entretanto, hoje já é consensual que não há relação de comissão em contratos de empreitada, não sendo o dono da obra responsável pelos atos danosos do empregado.

Em que pese a relação contratual laboral tradicionalmente⁶² pressupor a subordinação entre as partes, diferentemente da relação com o autônomo ou prestador de serviços, estaríamos facilmente aptos a pressupor a relação de comissão, nos moldes do art. 500 do Código Civil, às relações de cunho trabalhista, apenas. Entretanto, verifica-se que tal afirmação, não elucida o tema, haja vista podermos estar não só diante de simples subordinação jurídica, emergente do contrato de trabalho, mas também, por outro lado, diante da possibilidade de existência de uma relação de subordinação técnica, podendo abranger, inclusive, contratos de prestação de serviços, se dessa relação for configurada a violação às instruções pelo comitente que atuando com culpa ou dolosamente, o fizer.⁶³

comitente do direito civil português, AAFDL, 1990, págs. 104 e s. Em sentido diferente, Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, Vol. I, 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2002, pág. 344, afirma que a exigência do nexo de subordinação “faria sentido se concepção da responsabilidade do comitente se baseasse na doutrina do risco de autoridade. Ora, é manifesto que não é essa a solução do nosso direito, já que a responsabilidade do comitente se mantém mesmo que o comissário desrespeite as suas instruções ou atue intencionalmente (art. 500.º, n.º 2), bastando que esteja no exercício da função. Não se vê, por isso, 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.

⁶⁰ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1990, pág. 211-225; Idem, *A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*. *Dj*, Vol. XII, Tomo 1, 1998, pp. 297-311, apud/cir. por PROENÇA, José Brandão *et al.*. *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*. Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito. Lisboa. Ed. UCE. 2019.

⁶¹ Publicado in “*Coletânea de Jurisprudência*” (C.J.), 1988, I, págs. 202 e ss.

⁶² Bernardo Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 1992, págs. 302 e s.

⁶³ PROENÇA, José Brandão *et al.*. *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*. Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito. Lisboa. Ed. UCE. 2019. pág. 387 e 388.

Defendemos que tal preceito nos remeteria à impossibilidade de enquadramento de responsabilidade do DPO em face do art. 500.º do CC⁶⁴, em face da independência inerente ao cargo, mesmo que não absoluta, haja vista que o DPO, conforme já registrou o GT art. 29.º, “no exercício das suas funções ao abrigo do artigo 39.º, não deve receber instruções quanto à forma de tratar uma questão, por exemplo quanto ao resultado que deve ser obtido, à forma de investigar uma queixa ou à necessidade de consultar a autoridade de controlo. Além disso, não devem receber instruções no sentido de adotarem determinada perspetiva sobre uma questão relacionada com as normas de proteção de dados, por exemplo determinada interpretação da legislação. A autonomia dos DPO não implica, contudo, que lhes sejam conferidos poderes decisórios que extravasem as suas funções em conformidade com o artigo 39, do RGPD”⁶⁵.

A autonomia e a independência do DPO não são, como já mencionamos, absolutas: são limitadas pelas funções que legalmente lhe são atribuídas⁶⁶. Deparamo-nos então com uma questão que não se encerra em si mesma, pois ao mesmo tempo que nos parece ser perceptível a autonomia do DPO, faz-se necessária a ingerência permanente da alta direção nas atividades por ele desenvolvidas, relativizando assim a natureza autônoma da relação. Corroborada ainda pela menção expressa no RGPD⁶⁷, acerca do impedimento a destituição e a penalização do DPO motivada pelo exercício das funções legais atribuídas, pensamos não estar evidenciada a subordinação de que pressupõe o art. 500, do Código Civil.

O que verdadeiramente caracterizará a subordinação jurídica⁶⁸ no contrato de trabalho firmado com o DPO é o fato do trabalhador ser obrigado a obedecer às ordens e instruções que aquele venha a emanar, dentro dos limites do contrato e das normas que o regem. Já a “subordinação” técnica, refere-se à necessidade de que determinações técnicas sejam condição “*sine qua non*” para a realização dos serviços. Ou seja, de “como” o trabalho deve ser executado. É a dependência em que o trabalhador se encontra perante o empregador, no que diz respeito à forma como deve prestar a sua atividade. Tal

⁶⁴ Cfr. BARBOSA, Pág. 477

⁶⁵ GT 29.º. Pág. 17.

⁶⁶ Cfr. CORDEIRO. Pág. 370.

⁶⁷ Cfr. Art. 38.º, n.º 3, RGPD.

⁶⁸ ACSTJ de 08/02/2006. *Contrato de trabalho. Contrato de prestação de serviços. Indícios de subordinação jurídica. Vendedor*. Recurso n.º 3485/05 - 4.ª Secção Sousa Peixoto (Relator)*Sousa Grandão Pinto Hespanhol.

subordinação, em tese, não será verificada nos contratos de prestação de serviços, haja vista a própria natureza da relação, em que se pressupõe independência técnica da condução da relação.

Também não defendemos a ideia de que a escolha do comissário seja pressuposto para a configuração da relação de comissão, uma vez que, embora não escolhido, se encontre em uma relação de subordinação, ou dependência, quanto ao comitente, de maneira que ele possua o direito, não só de dar-lhe ordens ou instruções precisas sobre a finalidade e os meios de execução da comissão, mas também de fiscalizar diretamente o seu desempenho.⁶⁹ Na condição de DPO, será indispensável que o comitente escolha ou aceite o comissário, pois este age sob as ordens e instruções daquele. Esta relação de subordinação é que caracteriza a comissão. Esta relação tanto pode surgir de contrato como não⁷⁰. Não se vislumbra no caso em apreço, a referida possibilidade, entendemos, em face da mencionada autonomia técnica já discutida, mesmo em face de uma eventual subordinação hierárquica (contrato de trabalho)⁷¹.

Ressalvamos, em tempo, que não faz sentido que o comitente responda sempre por qualquer ato que os outros cometam, tendo que reparar o dano e, mesmo assim, sabemos, nunca será definitivamente, pois se ele não tiver qualquer culpa, terá o direito de regresso. E daí que podemos dizer que no que se refere a situação do art. 500.º CC, não há propriamente dita uma indemnização por facto de outrem, e sim uma garantia por pagamento/indemnização.

4.1. ATOS DOS REPRESENTANTES LEGAIS OU AUXILIARES – FALTA DE CUMPRIMENTO

Para a configuração de responsabilidade de representantes legais ou auxiliares do credor, nos moldes do art. 800.º, do Código Civil, diante do devedor, não mais se fará necessária a relação de dependência entre as partes, diferentemente da situação retratada no art. 500.º do Código Civil, já mencionada. Em vista disso, não se faz necessária

⁶⁹ Almeida Costa. *ob. cit.* pág. 565. No mesmo sentido: Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, *ob. cit.*, págs. 641 e s.; Ribeiro de Faria, *ob. cit.*, págs. 13 e s.; Nunes de Carvalho, *ob. cit.*, pág. 96; Menezes Leitão, Vol. I, *ob. cit.*, pág. 344. E, em sentido diferente, cfr. Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, págs. 371 e s.

⁷⁰ NETO. Abílio. *Código Civil anotado*. 19ª ed. reelaborada. Jan/2016. 558 ss. e RT, 85º - 284.

⁷¹ Cfr. NETO. Pág. 558 ss.

nenhuma discussão acerca da existência ou não de relação de subordinação entre as partes (DPO e responsáveis).

A responsabilidade prevista no n.º 1 do artigo 800.º, refere-se aos atos praticados no cumprimento da obrigação, excluindo-se os que lhe são estranhos, embora praticados por ocasião dele. Diversamente do n.º 2 do mesmo artigo, que prevê a convenção antecipada com a própria irresponsabilidade do devedor pelo não cumprimento da obrigação. Considerando não haver discussão quanto a natureza do ato faltoso praticado, estando os mesmos circunscritos da situação de que trata o n.º1, enfatiza ainda Menezes Cordeiro⁷² que apesar do DPO ter como função, dentre outras, o controle do cumprimento legal (art. 39.º/2, RGPD), isso não é motivo para que se pretenda que o profissional substitua ao responsável ou ao subcontratante em suas funções, nem abrindo precedente para imputação de responsabilidades por incumprimento (art. 801.º Código Civil).

Como a norma está inserida no âmbito da responsabilidade obrigacional, inerente às consequências do incumprimento pelo devedor da realização da prestação a que se encontra vinculado, a responsabilidade em causa é assim a responsabilidade obrigacional, ou a responsabilidade contratual, que se caracteriza pelo incumprimento de uma obrigação previamente estabelecida⁷³. Todavia, a responsabilidade obrigacional subjetiva deverá ainda assim obedecer a todos os elementos da responsabilidade civil: ato ou omissão voluntários, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade.

O ato deverá ainda ser culposo, o que se presume pelo artigo 799.o/1 do Código Civil. O credor encontra-se assim dispensado da prova da culpa do devedor, sendo, não obstante, um caso de responsabilidade subjetiva e podendo o devedor elidir a presunção mediante a prova de que a não realização da prestação se deveu a fato fortuito ou de força maior.

Um conjunto de situações é essencial para delimitar a responsabilidade do devedor ao abrigo do artigo 800.º. Com efeito, se não fosse o disposto neste artigo, na generalidade das situações por ele abrangidas o devedor poder-se-ia, quem sabe, eximir, alegando

⁷² Cfr. CORDEIRO. 2020. Pág. 373.

⁷³ MADALENO. Cláudia Alexandra dos Santos. A responsabilidade obrigacional objetiva por fato de outrem. Tese orientada pelo Professor Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, especialmente elaborada para a obtenção do grau de doutor em Direito (Ciências Jurídicas). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2014. Pág. 30.

tratar-se de fato imputável a terceiro. Todavia, a circunstância de este terceiro, que neste caso tem relação jurídica firmada com o devedor (DPO e responsáveis), possibilita uma exceção a este regime e a consequente responsabilização do devedor. O critério está, assim, em aferir se a pessoa que afetou a prestação é ou não uma das pessoas pelas quais o devedor é responsável. Tal preceito nos remeteria à possibilidade de enquadramento de responsabilidade do DPO em face do art. 800.º do CC. A regra do artigo 800.º, n.º 1, segundo a qual o devedor é responsável perante o credor pelos actos dos seus representantes legais ou das pessoas que utilize para o cumprimento da obrigação, como se tais atos fossem praticados pelo próprio devedor, só fica afastada quando há uma substituição jurídica do devedor no cumprimento da obrigação, mas não quando a substituição é meramente executiva.⁷⁴

Quando o DPO executa ações em nome do responsável, não há portanto, substituição jurídica. É o próprio responsável ou subcontratante que atua, não cabendo portanto, eximir-se de responsabilidade perante o titular de dados. cabendo-lhe, entretanto, o direito de regresso em face do DPO.

4.2. ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS ASSUMINDO A POSIÇÃO DE DATA CONTROLLER

Violados os dados do titular, com perecimento das regras do RGPD, qualquer pessoa poderá ser responsabilizada, sem que necessário se faça que assuma a posição de *data controller* formalmente. Porém, como qualquer executivo, o encarregado de proteção de dados poderá responder por negligência, imprudência e imperícia. Neste sentido, Barbosa⁷⁵, defende que “o encarregado da proteção de dados poderá ser responsabilizado em face do titular dos dados, por violação dos deveres que lhe são impostos no quadro regulamentar”, pois ao “assumir as suas funções, assume concomitantemente uma esfera de risco, de tal modo que, se violar algum desses deveres *a primitiva esfera de responsabilidade pelo outro convola-se numa esfera de responsabilidade perante o outro*, a permitir erigir os contornos externos de uma

⁷⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Proc. 1415/10.1T2AVR.C1. JTRC. 25/06/2013. Sumário.

⁷⁵ Cfr. BARBOSA, Pág. 477

imputação, para a qual se convocará posteriormente o necessário cotejo com a esfera de risco do *controller* e, eventualmente, do *processor*.”

Sendo assim, de acordo com o risco assumido por quem o encarregado está vinculado (ou como funcionário ou como prestador de serviços) e dependendo do tipo de controlo (conjunto, paralelo, subsequente ou individual) assumido pelo(s) *controller(s)*, teremos o cenário necessário para a avaliação da imputação objetiva.

A mesma matemática legal especificada nos itens alhures, aplicada aos responsáveis de dados e subcontratantes, no que tange aos rebatimentos da responsabilidade civil, diante da partilha de meios e finalidades, deverá ser aplicada ao DPO, desde que comprovada a culpa, independentemente do tipo de vínculo que mantiver com o responsável ou subcontratante, sendo avaliadas as questões da subordinação, ato praticado no exercício da função ou em razão dela, conforme já abordamos, assim como requisitos de culpa e dolo, no que couber, nos moldes da lei.

Portanto, em caso de responsabilidade solidária, provada a culpa do encarregado, passível será dos efeitos do regresso, por parte dos responsáveis pelo tratamento de dados. Em se verificando a responsabilidade individual do responsável ou do subcontratante, raciocínio equânime se dará em face do encarregado, desde que provada a culpa. É fato que por uma ação ou omissão que o resultado gere um dano, uma vez que o encarregado é obrigado ao dever de diligência em suas atribuições, apesar de não restar claramente identificada a sua imputabilidade objetiva⁷⁶, na medida em que o RGPD é omissivo, o encarregado responderá, respeitando-se os requisitos e critérios já abordados⁷⁷. A

⁷⁶ “Colocar-se-ão, é certo, problemas no tocante à imputação objetiva, na medida em que em nenhuma circunstância o fato lesivo dos dados é protagonizado pelo próprio, nos moldes do RGPD”. Vide art. 5.º/2. BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira de Miranda. Data controller e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil. Revista Direito Comercial - 15/03/2018, Pág. 477.

⁷⁷A propósito da responsabilidade do Responsável pelo Tratamento de Dados relativamente a uma violação de dados dolosamente causada por um trabalhador, tenha-se em atenção o caso *Various Claimants v. WM Morrison Supermarket Plc* decidido nos tribunais ingleses. Apesar de o caso ter sido julgado à luz das anteriores disposições normativas aplicáveis, para a história fica a determinação de que o Responsável responde perante os titulares dos dados pela violação de dados realizada dolosamente por um seu trabalhador desde que seja estabelecida uma ligação entre o ilícito e a relação de trabalho. Sobre o caso, leia-se, por exemplo, o seguinte excerto presente em <https://gilsongray.co.uk/insights/data-protection-and-rogue-employees-are-you-liable-for-any-breach/> [consultado em 15 de outubro de 2021]: «[r]egardless of the personal penalty for this individual, his co-workers, whose data had been disclosed, made a group civil claim against Morrisons for compensation in respect of a breach of Morrisons’s obligations under the Data Protection Act 1998, amongst other claims. The argument was that Morrisons had both primary liability for its own acts and omissions (in failing to keep the data secure) and vicarious liability for the actions of this employee. Whilst the court concluded that Morrisons had taken some appropriate steps towards minimising access to personal data (this rogue employee was only 1 of a very small number of ‘super-

organização responde, porém, com direito de regresso sobre o encarregado, nos moldes do art. 82.º/5 RGPD.

Entendemos que a manifesta falta de delimitação da responsabilidade do encarregado, não poderá corresponder de imediato à determinação de sua irresponsabilidade⁷⁸. Alegar a própria torpeza, seria absurdamente rejeitável, considerando a importância e relevância das funções atribuídas, totalmente esculpadas sob o princípio máximo de “proteção”. E, portanto, responde DPO de forma indireta, através de ações de regresso, perante a organização, uma vez que perante o lesado responderá o responsável e/ou subcontratante, dependendo de quem assumiu de fato o tratamento dos dados.

5. MEDIDAS DE PREVENÇÃO

O RGPD remete-nos à necessidade de elaboração de códigos de conduta, de relatórios de avaliação de impacto de privacidade, notificação obrigatória das autoridades em caso de violação de dados e nomeação de encarregado de proteção de dados e é o *controller* (responsável pelos dados) que terá a responsabilidade de, no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, designar as medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, destinadas a aplicar com eficácia os princípios da proteção de dados, tais como a minimização, e a incluir as garantias necessárias no tratamento, de uma forma que este cumpra os requisitos do regulamento e proteja os direitos dos titulares dos dados, nos moldes do art. 25, 1.

As questões que se fazem presentes são de facto quem é o *controller* e o *processor*, na cadeia de manuseio e responsabilidades por àqueles dados que foram tratados indevidamente. Pelo pressuposto, deve-se avaliar, portanto, quem terá o efetivo controle material e não só o formal, nos moldes do art. 29º Regulamento 2016/679 e, Parecer 1/2010, wp 169⁷⁹.

users' who could access the data) the court indicated that the mere fact there was a release of personal data must mean that Morrisons should be responsible».

⁷⁸ ANDRADE, Rodrigo Rocha. *Da responsabilidade do encarregado de proteção de dados*. Fórum de Proteção de Dados, Lisboa, n.7 (Dez. 2020), Pág. 24-43.

⁷⁹ GT 29.º, Pág. 14.

O encarregado pode ser um elemento do pessoal da entidade, conforme já abordamos, ou exercer as suas funções com base num contrato de prestação de serviços, por motivos de otimização na condução da tarefa e, também, no sentido de prevenir eventuais conflitos de interesses - característica intimamente ligada ao requisito da independência do encarregado - dos membros, o GT 29⁸⁰ recomenda que o contrato de prestação de serviços preveja uma clara repartição das tarefas no seio da equipa do encarregado externo e a designação de uma única pessoa como contato principal e pessoa “responsável” do cliente (art.º 37.º/6).

Vale ressaltar que sua atividade será considerada sempre “meio” e meramente consultiva. Não estamos a exigir que suas evidências profissionais estejam intrinsicamente ligadas à consecução da estratégia empresarial, pois o estaríamos elevando a condição de liderança máxima da organização. Não se trata disso. A discussão paira acerca do fato de parecer existir, nos moldes da lei de proteção de dados, uma aparente exclusão de responsabilidade civil contratual ou extracontratual do DPO o que não pode ser confirmado, pois uma vez que o fato dos responsáveis pelos dados e subcontratantes não incorrerem “em responsabilidade civil se provarem que o facto que causou o dano não lhes é imputável”, não poderá conduzir a conclusão de que a ninguém o será.

Torna-se evidente que em face da não previsão expressa da RGDPD acerca da delimitação de responsabilidades dos agentes envolvidos, pois o legislador o fez de forma a permitir lacunas e interpretações díspares, cresce em importância a disposição clausular expressa e objetiva, cujo conteúdo deverá estar ajustado à realidade da prestação de serviços e à omissão facultada pela lei. As partes deverão pensar no contrato sob várias perspectivas. O “pacta sunt servanda” deve ser observado, uma vez que tudo o que estiver disposto em contrato, é princípio da força obrigatória e faz lei entre as partes. Importante frisar ainda, que deverá ser registada a forma de comprovação e de apuração da culpa no contrato.

Em síntese, para a caracterização da responsabilidade contratual, é avaliar os seguintes requisitos: i) a existência de um contrato válido, ou seja, que havia um liame obrigacional, com provas de que não seria uma responsabilidade extracontratual; ii)

⁸⁰ GT 29.º Pág. 14.

comprovação das obrigações descumpridas e de que forma o foram, nos moldes dispostos no contrato que deve conter de forma clara as atribuições, o limite das responsabilidades das partes e medidas de culpabilidade; iii) comprovação de que houve prejuízo; iv) nexo de causalidade entre o dano e a ação faltosa.

Por fim, é dever do *Data Protection Officer* atuar com diligência e profissionalismo no tratamento dos dados pessoais e na gestão da segurança, evitando agir com negligência, imprudência ou imperícia, pois, caso atue com infração aos seus deveres profissionais, poderá responder pessoalmente pelos danos causados ao titular de dados e à própria organização, razão pela qual se faz prudente a contratação de uma apólice de seguros a fim de salvaguardar os interesses da organização.

6. SEGUROS DE RESPONSABILIDADE CIVIL COMO AMPARO À ATUAÇÃO DILIGENTE DO DPO

Enfatizando que o RGPD em seus incisos, beneficia o titular de dados com a inversão do ônus da prova, favorável portanto, aos interesses do lesado, caberá aos sujeitos envolvidos no tratamento, no limite de suas responsabilidades, como já mencionamos, a culpa presumida, onerando os meios de prova, pois além de ter que provar que cumpriu com todos os deveres assumidos, poderá ter que ter meios probatórios a fim de suportar a conduta adotada, como sendo única ou a melhor para o caso.

Em se verificando a fragilidade da posição do encarregado de proteção de dados, algumas providências necessitam ser implementadas, em sentido protetivo, não só visando proteção à pessoa singular, mas também com fins de promover certa blindagem empresarial, uma vez que a atuação “defeituosa” do encarregado pode alcançar enormes proporções, podendo gerar prejuízos em larga escala não só de ordem diretamente financeira, mas de ordem reputacional e indireta, que talvez seja um divisor de águas na trajetória dos negócios.

A contratação de um seguro de responsabilidade civil pode ir ao encontro das particularidades desta atividade, garantindo coberturas específicas, incluindo erros e omissões profissionais, baseadas em responsabilidade contratual, negligência, difamação e considerando também os custos de defesa, que em regra, não são

contabilizados e, dependendo do caso, podem até superar o próprio prejuízo, se considerarmos o porte empresarial, o montante de dados envolvidos e o efetivo dano ao titular de dados, pois em termos processuais, o ónus da prova do fato negativo pode consubstanciar uma dificuldade acrescida para a esfera jurídica do responsável pelo tratamento ou do subcontratado e, por conseguinte do encarregado que esteja envolvido no tratamento em questão.

Com efeito, provar que não se agiu com omissão será mais “oneroso”, do que provar que não se executou o ato danoso, ou seja, que não deixou de efetuar a ação que era devida e que estava sob seu encargo. Podemos estar perante uma prova impossível ou uma prova de fatos indeterminados ou indefinidos, como é o caso de uma eventual omissão subjacente à inexistência de uma ligação entre a conduta lesiva e a atuação do responsável pelo tratamento de dados ou subcontratado⁸¹.

Um seguro que contemple limites de valores indenizatórios, ou seja, suportado de acordo com a realidade do responsável pelos dados tratados e, condições que deverão pautar tanto a relação do EPD com o responsável, como a relação entre responsável e subcontratado.

Na apólice deverão estar contempladas a forma de comprovação e de apuração da culpa, as responsabilidades das partes envolvidas, e os limites indenizatórios já mencionados, com fins de tornar o ambiente da proteção menos instável, concebendo proteção não só quando da ocorrência de um tratamento indevido, mas também, sendo um norte de segurança para evitar condutas possivelmente lesivas de forma preventiva, objetivando sempre de demonstrar o devido cumprimento dos deveres adstritos às partes, no âmbito da proteção de dados.

7. CONCLUSÕES:

No âmbito da responsabilidade civil, que tem como pressupostos o ato ilícito, a culpa, o dano e o nexos causal, verifica-se a necessidade de indicar delimitadores da responsabilidade (prazos definidos e ajustados entre as partes, hipóteses em que será

⁸¹ COSTA, Tiago Branco. *A responsabilidade civil decorrente da violação do Regulamento Geral sobre a Proteção de dados*. UNIO E-BOOK 2019. Braga, Junho.2019. p.72. https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/61446/3/UNIO_EBOOK_INTEROP_2019.pdf.

justificável a demora e quais evidências deverão ser demonstradas por ocasião da apresentação das mencionadas justificativas, instrumentos de avaliações de riscos, etc.), os quais deverão estar elucidados em regra ou norma própria, a fim de reduzir não só o risco de incorrer em contraordenações⁸², como também, de mitigar riscos de êxito em ações de regresso, em caso de atuação zelosa do DPO, porém, desprovida de respaldo na lei e em regra interna ou sem hipótese de evidência.

O dano ao titular dos dados tratados de forma ilícita, passível de indemnização, deverá ser suportado e corrigido por quem for, nos termos gerais, responsável pela sua ocorrência ou sobre quem a pudesse e devesse ter evitado. Nesta linha, considerando a complexidade do tema e primando pela razoabilidade e lógica, sabemos que em ocorrendo quaisquer danos materiais ou imateriais devido a uma violação do RGPD, caberá indemnização ao lesado, conforme disposto no art. 82º, 1. Ou seja, depreende-se que para que seja identificada a ilicitude, deverá ser identificado o efetivo dano material e/ou imaterial, uma vez que os dois podem vir a coexistir, bem como, o nexos de causalidade entre o próprio dano e a violação a lei propriamente dita.

Ao encarregado, se comprovada a culpa, passível é de figurar no pólo passivo em ações de regresso, uma vez que a autonomia que lhe é conferida por lei, não pode redundar na simples irresponsabilização por atos faltosos. E, não havendo norma especial ou excecional aplicável especificamente à responsabilização civil do encarregado de proteção de dados, aplicar-se-á o regime civil geral e nessa medida, o dano deverá ser imputado a quem, portanto, deva ficar este com o ónus de o suportar. E portanto, responde DPO de forma indireta, através de ações de regresso, perante a organização, uma vez que perante o lesado responderá o responsável e/ou subcontratante, dependendo de quem assumiu de fato o tratamento dos dados.

Em face da lacuna legal, percebe-se claramente a necessidade de revisão da política interna da entidade, com elucidação explícita dos limites e responsabilidades, com implementação de rotinas de, dentre outras, mapeamento situacional e implementação de um plano de ação e de controle (gerenciamento das regras de consentimento, gerenciamento de acesso aos dados pessoais, gerenciamento do acesso aos dados pessoais, uso de criptografia, pseudonimização, anonimização e prevenção

⁸² Cfr. Art. 37.º da lei 58/2019.

contra perda de dados nas redes, estações, e-mail, web, *cloud*, mídia social, dispositivos móveis, geração das trilhas de auditoria para os tratamentos e consentimentos, gerenciamento de eventos e incidentes com dados pessoais, gestão das notificações e outros), as quais são indicadas pelas normas técnicas de segurança da informação.

Por fim, é dever do *Data Protection Officer (DPO)* atuar com diligência e profissionalismo no tratamento dos dados pessoais e na gestão da segurança, pois, caso atue com infração aos seus deveres profissionais, assim como qualquer outro profissional, poderá responder pessoalmente pelos danos causados aos lesados, razão pela qual se faz prudente a contratação de uma apólice de seguros a fim de salvaguardar não só a corporação, como também a integridade profissional e patrimonial do próprio encarregado de proteção de dados.

Bibliografia

ANDRADE, Rodrigo Rocha. *Da responsabilidade do encarregado de proteção de dados*. Revista fórum de proteção de dados. Em foco: *o encarregado de proteção de dados*. Comissão Nacional de Proteção de dados - CNPD. Nº 07. Dez. 2020 (semestral). https://www.cnpd.pt/media/5kajlbve/forum7_web.pdf.

BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira de Miranda. *Data controller e data processors: da responsabilidade pelo tratamento de dados à responsabilidade civil*. Revista de Direito Comercial. Publicação online anual. ISSN 2183-9824. 15/03/2018. p. 447. <https://www.revistadedireitocomercial.com/data-controllers-e-data-processors>.

CARVALHO, Cunha Nunes e Pedro Pitta, *A responsabilidade do comitente*, in, Revista dos Advogados, 1988, I. <https://portal.oa.pt/upl/%7Bb5bf3ea8-1eaa-4e99-b06d-947ab725a642%7D.pdf>.

CORDEIRO, António Barreto Menezes Cordeiro. *Direito da proteção de dados à luz do RGPD e da lei nº 58/2019*. Ed. Almedina. Coimbra. 2020.

CORDEIRO, António Menezes de. *Direito das Obrigações*, 2.º Vol., Almedida. Coimbra. 1980.

COSTA, Mário Júlio Britto de Almeida. *Direito das Obrigações*, 11º ed. rev. e atualiz. (Manuais Universitários). Almedida. Coimbra. 2008.

COSTA, Tiago Branco. *A responsabilidade civil decorrente da violação do Regulamento Geral sobre a Proteção de dados*. UNIO E-BOOK 2019. Braga. Junho.2019. p.72. https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/61446/3/UNIO_EBOOK_INTERO_P_2019.pdf.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e Deveres de Proteção*, Coimbra, 1990, pág. 211-225; Idem, *A responsabilidade objectiva por facto de outrem face à distinção entre responsabilidade obrigacional e aquiliana*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica portuguesa. Separata. Dj, Vol. XII, Tomo 1, 1998, p. 301 -311.

GALVÃO, Sofia S. *Reflexões acerca da responsabilidade civil do comitente do direito civil português a propósito do contributo civilista para a dogmática da imputação*. AAFDL, 1990.

PROENÇA, José Brandão, L. C. FERNANDES. A. AFONSO, A. F. M. ANTUNES, A. R. PESSOA, A. T. FONSECA, A. T. RIBEIRO, A. A. GUEDES, A. N. CARVALHO, A. TRIUNFANTE, C. B. PROENÇA, C. S. BOTELHO, C. O. CARVALHO, C. M. PEREIRA, E. V. SEQUEIRA, J. B. PROENÇA, J. GOMES, L. B. XAVIER, L. C. FERNANDES, M. F. CAMPOS, M. C. SOTTOMAYOR, M. F. RIBEIRO, M. G. TRIGO, M. J. F. COLAÇO, M. J. M. FERNANDES, M. J. V. TOMÉ, M. P. P. BELEZA, M. S. REBELO, P. O. CUNHA, P. EIRÓ, R. G. ALVES, R. B. CRUZ, R. GOUVEIA, R. L. de FARIA, S. O. PAIS, T. G. ALMEIDA, T. S. PEREIRA, T. T. MOTA. *Comentário ao Código Civil. Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral*. Universidade Católica Portuguesa – Faculdade de Direito de Lisboa. Ed. UCE. 2019.

PINHEIRO, Alexandre SOUZA, Cristina Pimenta COELHO, Tatiana DUARTE, Carlos Jorge GONÇALVES, Catarina Pina GONÇALVES. *Comentário ao regulamento geral de proteção de dados*. Lisboa. Almedina. Dez. 2018.

MADALENO, Cláudia Alexandra dos Santos. *A responsabilidade obrigacional objetiva por fato de outrem*. Tese orientada pelo Professor Doutor Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, especialmente elaborada para a obtenção do grau de doutor em Direito (Ciências Jurídicas). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2014.

MENKE, Fabiano. *A proteção de dados e o direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão*. Centro de Estudos de Direito Civil. Revista jurídica luso-brasileira, Ano 5. 2019, n.º 1, pág. 782. https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0781_0809.pdf. Consultado em 28.09.2022.

NETO. Abílio. *Código Civil anotado*. 19ª ed. reelaborada. Jan/2016.

VARELA, Antunes de Lima, *Código Civil Anotado. Das Obrigações em geral*, Vol. I, 4ª ed. (com colaboração de M. Henrique Mesquita), Coimbra Editora., Coimbra, 1997.

XAVIER. Pires Bernardo Lobo, *Curso de Direito do Trabalho*, Verbo, Lisboa, 1992.

Lei e Comentários a leis.

Lei n.º 58/2019. 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.

GT 29.º - Grupo de trabalho do art. 29º sobre proteção de dados. Parecer 1/2000 sobre os conceitos de responsabilidade pelo tratamento e subcontratante, wp 243, rev.01, 05/04/2017.

RGPD - Regulamento Geral de Proteção de Dados (UE 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016).

Decisões de Tribunais Europeus

Recurso n.º 3485/05 - 4.ª Secção Sousa Peixoto (Relator). Sousa Grandão Pinto Hespanhol. ACSTJ de 08/02/2006. Contrato de trabalho. Contrato de prestação de serviços. Índícios de subordinação jurídica. Vendedor. <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/74a7626f4f51a4b08025819400506f43?OpenDocument>.

Acórdão Testemunhas de Jeová. Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferido no processo n.º C-25/17, de 10 de julho de 2018.

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. Proc. 1415/10.1T2AVR.C1. JTRC. 25/06/2013. Sumário.

Artigos e informações em sites

<https://www.apsei.org.pt/areas-de-atuacao/seguranca-eletronica/protecao-de-dados/>, acessado em junho-2021.

<https://exame.com/tecnologia/tim-cook-diz-que-empresas-mais-bem-sucedidas-do-vale-do-silicio-vendem-as-informacoes-dos-usuarios/>.

<https://unctad.org>.

<https://unctad.org/page/data-protection-and-privacy-legislation-worldwide>.

<https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?c2=RU&c=DE&t=data-protection-officers>.

https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/2017/11/economia/597592-hackers-roubam-dados-de-57-milhoes-de-usuarios-de-uber.html.

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/uber-admite-ter-sido-alvo-de-ataque-hacker-que-roubou-dados-de-57-milhoes-de-usuarios-em-2016.ghtml>.

<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/07/24/facebook-pagara-multa-de-us-5-bilhoes-por-violacao-de-privacidade.ghtml>.

<https://olhardigital.com.br/noticia/suecia-multa-google-por-negligenciar-pedidos-de-remocao-de-conteudo/97990>.

<https://www.apsei.org.pt/areas-de-atuacao/seguranca-eletronica/protecao-de-dados/>.