

*Conhecer não é demonstrar
nem explicar. É aceder
à visão. A. Saint-Exupéry*

2017, ANO V, N.º 7

AB INSTANTIA

REVISTA DO INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

DIRECTOR Ricardo Costa

CONSELHO EDITORIAL

Ana Manuela Barbosa, Miguel Teixeira de Abreu,
Paulo de Tarso Domingues, Paulo Teixeira Pinto

REGULAMENTO GERAL DE PROTECÇÃO DE DADOS

Direitos de personalidade e responsabilidade civil; Direito ao esquecimento; Privacidade; § PRIVADO Dupla descrição predial – STJ, 23.02.2016; Resolução de contrato de agência e interesse contratual positivo – Relação de Lisboa, 20.12.2017; PERSI e pagamento de dívida; § INSOLVÊNCIA Isenção de IMT e transmissão de imóveis – STA, 29.03.2017; Empresas locais; Direito de retenção e consumidor; § PROPRIEDADE INDUSTRIAL Marcas sensoriais; Confusão entre marcas; § ARBITRAGEM Estatuto de partes não signatárias; § CONCORRÊNCIA Corrupção no sector privado; § ESTUDO Mercado de valores mobiliários em Angola; § RECENSÃO Direito penal e o terrorismo.

PROTEÇÃO DE DADOS E DIREITOS DE PERSONALIDADE: UMA RELAÇÃO DE INTERIORIDADE CONSTITUTIVA. OS BENEFICIÁRIOS DA PROTEÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL*

MAFALDA MIRANDA BARBOSA**

I – Formulação do problema

A proteção de dados está na ordem do dia, contaminando o discurso jurídico e levando o jurista a debruçar-se sobre os problemas que ela faz emergir. Vários são os fatores determinativos do fenómeno. Se outrora a questão da proteção de dados se colocava, preferencialmente, por referência aos poderes públicos – surgindo a questão da proteção de dados associada à necessidade de conter a intromissão do Estado na vida dos cidadãos –, hoje, sem esquecer o debate que recrudescer pela urgência de reponderar os limites da liberdade e da privacidade em face de ameaças tão sérias como a do terrorismo, que levam ao agigantar da segurança, a grande questão suscita-se pelo facto de estarem ao alcance dos privados meios que podem atentar contra a esfera privada dos outros sujeitos¹. As sociedades

* O presente texto é um desenvolvimento da conferência proferida no Seminário *Privacidade e Compliance nas entidades privadas e públicas – A contagem decrescente do Regulamento Geral de Proteção de Dados*, organizado pelo Instituto do Conhecimento Abreu Advogados no dia 4 de maio de 2017 na Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Lisboa).

** Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Membro e Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, que nos conduz numa viagem histórica pela origem da *privacy*, nos EUA, que não se confunde com a privacidade, nem com a proteção de dados, mas com ela dialoga, e nos evidencia essa dupla necessidade de proteção dos indivíduos contra intromissões alheias, primeiro, do Estado e, depois, também, dos outros privados, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, AAFDL, Lisboa, 2015, 267 s. e 282 s. Sobre as origens da *privacy*, cf. Samuel WARREN/Louis D. BRANDEIS, “The right to privacy”, *Harvard Law Review*, 5, 1890, 193 s., amplamente citado e analisado por Alexandre Sousa Pinheiro.

Cf., igualmente, Collin BENNETT, *Regulating privacy. Data Protection and Public Policy in Europe and the U.S.*, Cornell University Press, 1992, 19 s.

Sobre a não confusão entre a *privacy* e a privacidade, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 267. A questão passa, conforme explicita o autor, pela integração na *privacy* de dois elementos, a *decisional privacy* e a *informational privacy*. Enquanto a primeira diz respeito a comportamentos do indivíduo, ditados por decisões próprias relativamente às quais se reivindica um *right to be alone*, e se tentam justificar práticas como o aborto, as relações homossexuais, etc (cf. pág. 364), a segunda diria respeito à proteção de dados.

atuais fizeram-se acompanhar de novos riscos em relação à privacidade². As novas tecnologias, de utilização generalizada, tornam mais fácil o acesso a dados pessoais e o cruzamento das informações assim recolhidas³.

Nas palavras de Jorge Miranda e Rui de Medeiros, “a necessidade de tutela do indivíduo relativamente ao uso da informática faz-se sentir cada vez com mais premência tendo em conta as possibilidades de recolha e de armazenamento de informação relativa aos cidadãos por parte de terceiros e dos próprios poderes públicos, e a facilidade e a velocidade de acesso e de cruzamento de todos esses dados”⁴. No fundo, a utilização da informática veio democratizar um risco que outrora existia, apenas, por referência aos poderes públicos. Se antes o problema era fazer face à concentração de informações nas mãos do Estado, hoje, qualquer cidadão pode, pela articulação de diversos sistemas de informação, traçar um perfil completo de outra pessoa, das suas características, dos seus bens, crenças, história clínica, aspetos da vida privada, etc⁵, tornando-se, assim, imperioso regular o acesso, o tratamento e a transmissão de dados pessoais.

Não se estranha por isso que, um pouco por todo o lado, tenham surgido diversos diplomas tendentes a disciplinar a matéria. As preocupações que se começaram a sentir na década de setenta do século XX determinaram, de facto, que, em diversos ordenamentos jurídicos, fossem aprovadas as primeiras leis de proteção de dados pessoais⁶.

Sobre esta perspetiva norte-americana da privacidade, cf., igualmente, Paulo Mota PINTO, “Direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 69, 1993, 479 s.

Refira-se, pela importância das questões, que não é possível configurar um direito a ser deixado só no sentido de legitimar comportamentos que atentam diretamente contra a dignidade da pessoa humana, enquanto categoria ética. Ao individualismo alicerçador dessa perspetiva opomos o personalismo e uma conceção do direito na qual ele não pode ser pensado sem o salto para o patamar ético-axiológico.

Para uma referência ao problema, cf. Mafalda MIRANDA BARBOSA, “Em busca da congruência perdida em matéria da proteção da vida do nascituro – a perspetiva juscivilística”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 92, tomo I, 2016, 23 s., e “Autonomia e dignidade a propósito do fim da vida”, *O Direito*, ano 148º, tomo II, 2016, 233.

² J. Seabra LOPES, “A proteção da privacidade e dos dados pessoais na sociedade de informação”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, UCP, Lisboa, 2002, 779 s.

³ Cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, artigo 35º, 379-380; Alexandre de Sousa PINHEIRO, “A proteção de dados na proposta de regulamento comunitário apresentado pela Comissão Europeia: primeiras reflexões”, *Direito e Política*, nº 1, 2012, 9 s.; Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 427.

⁴ Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 379-380.

⁵ Referindo-se a este mesmo perigo e referindo-se a estes elementos, com invocação certa do *Big Brother* orwelliano, cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 380. Cf., ainda, Alexandre de Sousa Pinheiro, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 63 s.

⁶ Pense-se na lei de proteção de dados, de 1970, na Alemanha; na lei nacional de proteção de dados, de 1973, na Suécia; no *Fair Credit Reporting Act*, promulgado em 1970, nos EUA. Sobre o ponto e para mais desenvolvimentos, cf. Alexandre Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 427; Carolina MOURA, *O âmbito de aplicação material da legislação de proteção de dados pessoais e o tratamento de imagem por*

Em Portugal, o legislador constitucional previu, em 1976, no artigo 35º, o direito de todos os cidadãos de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, remetendo para a lei ordinária a definição do conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, de modo a garantir a sua proteção.

Consoante ensinam Jorge Miranda e Rui de Medeiros, “o artigo 35º contém uma imposição legiferante, tendo sido estabelecido expressamente pelo legislador constituinte que a tutela dos cidadãos relativamente à utilização da informática e o conteúdo dos seus direitos será definido por lei e nos termos da lei”. A primeira lei sobre proteção de dados haveria, contudo, de surgir apenas em 1991 (Lei nº10/91, de 27 de Abril), tendo sido revogada pela Lei nº67/98, de 26 de Outubro, que veio transpor para a ordem jurídica interna a Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro, e que foi sucessivamente alterada⁷.

Paralelamente, assistiu-se ao nível internacional e comunitário a uma preocupação crescente com a questão da proteção de dados. No que, agora, nos interessa, tal preocupação culminou com a aprovação do Regulamento (UE) 2016/679, relativo à proteção de dados pessoais⁸. Tendo em conta a rápida evolução tecnológica e o aumento significativo que a recolha e partilha de dados pessoais conheceu nos últimos anos, aliados à necessidade de assegurar uma proteção eficiente dos sujeitos no quadro europeu, ao mesmo tempo que se eliminam barreiras à circulação da informação nesse espaço, as instâncias comunitárias aprovaram o referido diploma⁹.

O nosso propósito nas páginas que se seguem é, depois de compreender os contornos básicos da proteção que é dispensada ao titular de dados pessoais, compreender qual o direito ou direitos que são a este nível tutelados para, a partir daí, extrairmos algumas conclusões relativamente a pontos mais nebulosos da disciplina.

pessoa singular, Dissertação de Mestrado, 2014, 22 s. Veja-se, igualmente, o Parecer nº4/2007 do Grupo de Trabalho do artigo 29º.

⁷ A última alteração data de Agosto de 2015 e foi introduzida pela Lei nº103/2015, de 24 de Agosto. Igualmente relevante é a Lei nº41/2004, de 18 de Agosto, alterada pela Lei nº46/2012, de 29 de Agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais no contexto das redes e serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público.

⁸ Outros são os marcos referenciais da evolução da disciplina da proteção de dados ao nível internacional. Não sendo nosso propósito analisá-los, já que tal se revelaria inconsonante com a índole e a dimensão de um trabalho como este, não podemos deixar de a eles nos referir. Assim, pensamos, entre outros, na Resolução nº(73) 22 do Conselho da Europa sobre a proteção da privacidade em bancos de dados do setor privado; a Resolução nº(74) 29 do Conselho da Europa sobre a proteção da privacidade em bancos de dados do setor público; a Convenção nº108 do Conselho da Europa. Para uma análise dos seus conteúdos, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 527 s.

⁹ Cf. *considerandi* 6 e 10 do Regulamento.

II – A Lei nº67/98, de 26 de Outubro, e o seu traçado básico

Em Portugal, até há bem pouco tempo, a matéria relativa à proteção de dados pessoais era, não exclusiva, mas preferencialmente, disciplinada pela Lei nº67/98, de 26 de Outubro. Por isso, antes de avançarmos na nossa análise – e até para a tornar possível –, importa conhecer os contornos gerais da disciplina instituída pelo legislador ordinário.

Nos termos do artigo 5º da Lei nº67/98, de 26 de Outubro, os dados pessoais, entendidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, devem ser tratados de forma lícita e com respeito pelo princípio da boa-fé; devem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades; devem ser adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados; devem ser exatos e, se necessário, atualizados, devendo ser tomadas as medidas adequadas para assegurar que sejam apagados ou retificados, quando inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos; e devem ser conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior.

A lei parte do pressuposto de que os dados pessoais pertencem ao domínio exclusivo do seu titular. Por isso, o tratamento dos dados pessoais depende do seu consentimento, nos termos do artigo 6º Lei nº67/98.

Tal consentimento deve ser dado de forma inequívoca. Isto não significa, porém, que ele não possa ser tácito. Nos termos do artigo 217º CC, as declarações de vontade podem ser expressas ou tácitas, salvo determinação legal em contrário. Ora, sendo certo que não estaremos necessariamente diante de declarações negociais – por nem sempre estar em causa uma forma de consentimento vinculante, que o parece pressupor –, o artigo 295º CC manda aplicar aos atos jurídicos que não sejam negócios jurídicos as disposições próprias destes, desde que a analogia das situações o justifique. O caráter inequívoco do consentimento não é posto em causa pela natureza concludente do comportamento que o consubstancie, tanto mais que o citado artigo 217º CC vem definir a declaração tácita como aquela que “se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”¹⁰.

¹⁰ Pensemos, por exemplo, numa hipótese de gravação de uma chamada telefónica, sendo o utente do serviço alertado de que, se não der o seu consentimento, deverá contactar o prestador de serviço pelos meios de comunicação alternativos. A prossecução da chamada, nestes casos, deve ser entendida como expressão tácita do consentimento do titular dos dados pessoais.

Mas o consentimento já terá de ser específico e informado. Quer isto dizer que o consentimento do titular só é válido se ele tiver exato conhecimento do alcance da autorização que está a conceder e que, portanto, há-de ser previamente informado sobre questões essenciais como as referidas no artigo 10º Lei nº67/98; e, por outro lado, que ele só é válido para a finalidade específica que foi indicada pelo responsável pelo tratamento dos dados. Daí a importância da regra que determina que os dados pessoais apenas podem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades, bem como daquela outra segundo a qual, entre as informações relevantes que não-de ser prestadas ao titular dos dados, se conta a informação relativa ao destinatário dos dados. A mesma intencionalidade preside à regra contida no artigo 20º/1 Lei nº67/98. Na verdade, ao prestar o seu consentimento, o titular dos dados autoriza uma lesão do seu direito em determinados moldes e com um certo alcance, razão pela qual a transferência desses dados para um Estado não europeu deve assegurar um nível de proteção adequado. Caso este inexista, então, a referida transmissão só pode operar mediante o consentimento do titular, salvo hipóteses especiais excecionadas pelo legislador¹¹.

Para além das informações prestadas no momento da recolha dos dados, o seu titular tem direito a obter do responsável pelo tratamento, livremente e sem restrições, com periodicidade razoável e sem demoras ou custos excessivos a confirmação de serem ou não tratados dados que lhe digam respeito, bem como

Já será diferente a ponderação nos casos de captação de imagem por via de videovigilância. Se um comerciante utiliza câmaras de vigilância por motivos de segurança, colocando um aviso a alertar todos aqueles que acedam ao estabelecimento comercial em questão de que estão a ser filmados, com forma de prevenir eventuais atos ilícitos, parece dispensar-se o consentimento, nos termos do artigo 6º/e) Lei nº 67/98.

A propósito das câmaras de vigilância, tenha-se, ainda, em conta o interessante problema, acerca do âmbito de aplicação da diretiva europeia, de determinar quando é que estamos diante de recolha de dados para uso doméstico e da questão da utilização de câmaras em casa de uma pessoa por motivos de segurança – cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 721 s.

Relativamente à forma do consentimento, veja-se Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 595, referindo-se à diretiva europeia na matéria, transposta pela lei portuguesa. Diz-nos o autor que “a referência à manifestação explícita de vontade não resolve as dúvidas quanto à forma de expressão, dado que a natureza tácita de um comportamento não colide com a sua comunicação explícita. Decorre com clareza da diretiva que não se exclui o consentimento oral. Relativamente à natureza explícita do consentimento, deve considerar-se que não seria praticável um sistema em que, para todas as fases de tratamento, fosse necessário o consentimento do titular. A recolha do consentimento deve ser, portanto, interpelada como funcionalizada ao tratamento, sendo este composto pela multiplicidade de fases que a proposta de alteração prevê” – cf. pág. 595, nota 2257.

¹¹ É também a natureza específica do consentimento que determina que “no caso de recolha de dados em redes abertas, o titular dos dados deva ser informado, salvo se disso já tiver conhecimento, de que os seus dados pessoais podem circular na rede sem condições de segurança, correndo o risco de serem vistos e utilizados por terceiros não autorizados” – cf. artigo 10º/4 Lei nº 67/98.

informação sobre as finalidades desse tratamento, as categorias de dados sobre que incide e os destinatários ou categorias de destinatários a quem são comunicados os dados; a comunicação, sob forma inteligível, dos seus dados sujeitos a tratamento e de quaisquer informações disponíveis sobre a origem desses dados; o conhecimento da lógica subjacente ao tratamento automatizado dos dados que lhe digam respeito. Trata-se de garantias consagradas no artigo 11º Lei nº67/98, às quais preside, em parte, a mesma intencionalidade que colora o consentimento em geral, mas apenas no que respeita aos dados recolhidos e tratados com base no consentimento do titular.

Nos termos do artigo 11º/6 Lei nº67/98, “no caso de os dados não serem utilizados para tomar medidas ou decisões em relação a pessoas determinadas, a lei pode restringir o direito de acesso nos casos em que manifestamente não exista qualquer perigo de violação dos direitos, liberdades e garantias do titular dos dados, designadamente do direito à vida privada, e os referidos dados forem exclusivamente utilizados para fins de investigação científica ou conservados sob forma de dados pessoais durante um período que não exceda o necessário à finalidade exclusiva de elaborar estatísticas”¹².

Este direito de acesso é fundamental para que o titular dos dados possa confirmar ou infirmar o cumprimento das finalidades e ainda para exercer o direito à retificação, ao apagamento ou ao bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na lei, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados, conforme explicita o artigo 11º/1 d) lei nº68/98. Além disso, dispõe o artigo 5º/1 d) Lei nº67/98 que o titular dos dados tem direito à sua atualização e à retificação dos dados inexatos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente.

Quer isto dizer que, mesmo depois de colhidos os dados, durante o período de tratamento, o titular dos dados continua a poder controlá-los de algum modo.

Nos termos do artigo 12º Lei nº67/98, o titular dos dados tem ainda direito de, salvo disposição legal em contrário, e pelo menos nos casos referidos nas alíneas d) e e) do artigo 6º, se opor em qualquer altura, por razões ponderosas e legítimas relacionadas com a sua situação particular, a que os dados que lhe digam respeito sejam objeto de tratamento, devendo, em caso de oposição justificada, o tratamento efetuado pelo responsável deixar de poder incidir sobre esses dados. Tem ainda a possibilidade de se opor, a seu pedido e gratuitamente, ao tratamento

¹² Isto mostra, claramente, que, para além do direito à identidade que é por esta via tutelado, se pretende com a regulamentação encontrar mecanismos de salvaguarda da vida privada. Esta é uma nota particularmente importante na economia do nosso estudo. O seu desenvolvimento ficará, contudo, remetido para um momento posterior.

dos dados pessoais que lhe digam respeito previsto pelo responsável pelo tratamento para efeitos de *marketing* direto ou qualquer outra forma de prospeção, ou de ser informado, antes de os dados pessoais serem comunicados pela primeira vez a terceiros para fins de *marketing* direto ou utilizados por conta de terceiros, e de lhe ser expressamente facultado o direito de se opor, sem despesas, a tais comunicações ou utilizações. Trata-se da consagração do que vem conhecido na doutrina por direito de oposição do titular dos dados pessoais¹³.

Obtido o consentimento, o responsável pelo tratamento dos dados deve notificar a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) do tratamento de dados a que vai proceder. Em determinadas situações, exige-se, contudo, mais do que a notificação, ficando a atuação do responsável dependente da autorização prévia da CNPD¹⁴. É o que acontece, entre outros casos, quando se lida com os chamados dados sensíveis. Relativamente a estes, não se parte da possibilidade de tratamento uma vez obtido o consentimento do seu titular, mas da proibição de tratamento, como regra. Nos termos do artigo 7º/1 Lei nº67/98, é proibido o tratamento de dados pessoais referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde e à vida sexual, incluindo os dados genéticos¹⁵. Haverá, contudo, possibilidade de tratamento de tais dados quando uma disposição legal o admita, quando haja autorização da CNPD, se por motivos de interesse público importante esse tratamento for indispensável ao exercício das atribuições legais ou estatutárias do seu responsável, ou quando o seu titular dê expressamente o seu consentimento para o referido tratamento. Deve, em qualquer dos casos, haver garantias de não discriminação e ficar salvaguardado o cumprimento de especiais medidas de segurança constantes no artigo 15º Lei nº67/98.

¹³ Sobre os direitos inerentes à proteção de dados, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 658 e s., falando de direito de informação, cujo conteúdo difere consoante os dados tenham sido recolhidos direta ou indiretamente e se consubstancia no “direito a ser informado de forma que se consubstancie um tratamento leal”; de direito de acesso, enquanto “direito a acompanhar as vicissitudes dos tratamentos”; direito de oposição, enquanto “limitação às consequências não consentidas expressamente na recolha de dados pessoais”.

¹⁴ Artigo 27º e s. Lei nº67/98.

¹⁵ Sobre a identificação de dados sensíveis, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 723. Explica o autor que a conjugação entre o artigo 35º CRP e o artigo 7º Lei nº67/98 “não apresenta uma tipificação de toda a informação desta natureza”, permitindo-se a ampliação dos dados sensíveis através da “cláusula aberta da vida privada”. O autor dá o exemplo do fumo do cigarro que tem sido entendido pela CNPD como um dado sensível, por ser “um hábito da vida passível de comportamentos discriminatórios”. Veja-se, igualmente, Pilar Nicolás JIMÉNEZ, *La protección jurídica de los datos genéticos de carácter personal*, Comares, Granada, 2006 e Teodoro de ALMEIDA, “O direito à privacidade e a proteção de dados genéticos: uma perspetiva de direito comparado”, *Boletim da Faculdade de Direito*, 79, 2003, 355 s.

O tratamento de dados sensíveis é, assim, possível, nos termos do nº 3 do artigo 7º Lei nº67/98, se for necessário para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de uma outra pessoa e o titular dos dados estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; se for efetuado, com o consentimento do titular, por fundação, associação ou organismo sem fins lucrativos de carácter político, filosófico, religioso ou sindical, no âmbito das suas atividades legítimas, sob condição de o tratamento respeitar apenas aos membros desse organismo ou às pessoas que com ele mantenham contactos periódicos ligados às suas finalidades, e de os dados não serem comunicados a terceiros sem consentimento dos seus titulares; se disser respeito a dados manifestamente tornados públicos pelo seu titular, desde que se possa legitimamente deduzir das suas declarações o consentimento para o tratamento dos mesmos; ou se for necessário à declaração, exercício ou defesa de um direito em processo judicial e for efetuado exclusivamente com essa finalidade.

Situações há, por fim, em que é possível a recolha e tratamento de dados sem ser necessário o consentimento do titular do direito. Tal ocorre, nos termos do artigo 6º Lei nº67/98, quando esteja em causa a execução de contrato ou contratos em que o titular dos dados seja parte ou de diligências prévias à formação do contrato ou à declaração da vontade negocial efetuadas a seu pedido; o cumprimento de obrigação legal a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; a proteção de interesses vitais do titular dos dados, se este estiver física ou legalmente incapaz de dar o seu consentimento; a execução de uma missão de interesse público ou o exercício de autoridade pública pelo responsável pelo tratamento ou pelo terceiro a quem os dados sejam comunicados; a prossecução de interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou de terceiro a quem os dados sejam comunicados, desde que não devam prevalecer os interesses ou os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados. Em causa a prossecução de interesses legítimos ou a salvaguarda de interesses superiores do titular dos dados, em situações em que não seja possível prestar o consentimento; noutras hipóteses, porque se entra no domínio contratual ou pré-contratual é ainda a autonomia da vontade a ditar a possibilidade de recolha e tratamento de dados por alguém que não o titular dos mesmos.

III – O Regulamento (UE) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Abril de 2016

O Regulamento não altera a intencionalidade da disciplina legal em vigor até então, mas reforça alguns dos direitos dos titulares dos dados e torna mais

rigorosos alguns procedimentos. Além disso, parece alterar a relação de forças entre a recolha e tratamento de dados consentidos pelo titular e as outras finalidades de tratamento. Na verdade, enquanto ao nível da Lei nº67/98 a regra era a do tratamento de dados com base no consentimento do titular dos mesmos, embora houvesse a previsão de situações em que dele se podia prescindir, nos termos do Regulamento (EU) 2016/679, nas condições de licitude do tratamento de dados o consentimento do titular surge na mesma posição que os restantes fundamentos.

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

Desde logo, é o conceito de dados pessoais que parece sofrer uma ampliação. Se, nos termos da al. a) do artigo 3º da Lei nº67/98, eram definidos como qualquer informação, de qualquer natureza e independentemente do respetivo suporte, incluindo som e imagem, relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável a pessoa que possa ser identificada direta ou indiretamente, designadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social, o artigo 4º/1 Regulamento vem estabelecer que dados pessoais é a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável, sendo considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular. Não obstante a diversa formulação, cremos que a ampliação da noção não é senão aparente. De facto, a falta de referência aos dados de localização ou identificadores por via eletrónica, bem como aos elementos da identidade genética não condena à sua exclusão do âmbito de relevância da Lei nº67/98. Aliás, o TJUE, no acórdão de 19 de Outubro de 2016 (Proc. C-582/14), em atenção à Diretiva 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, que a Lei nº67/98 vem transpor para o ordenamento jurídico interno (devendo, por isso, ser interpretada de acordo com o direito comunitário), considera que o endereço de protocolo internet dinâmico (IP) é um dado pessoal. De outro modo não poderia, aliás, deixar de ser, atenta a intencionalidade predicativa da disciplina, vertida não só na noção de dado pessoal, como nos princípios norteadores do tratamento de dados.

Estes estão, agora, especificados no artigo 5º Regulamento. De certo modo, reproduzem o que já estava anteriormente consagrado. O tratamento de dados pessoais deve ser feito de forma lícita, transparente e de acordo com o princípio da boa-fé. Acrescenta-se, relativamente ao artigo 5º/1 a) Lei nº67/98,

a transparência, sem que, contudo, isso signifique que ela estivesse ausente do regime legal. Além disso, os dados apenas podem ser recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser tratados posteriormente de uma forma incompatível com essas finalidades. Quer isto dizer que o artigo 5º/1 b) Regulamento reproduz o conteúdo do artigo 5º/1 b) Lei nº67/98, esclarecendo, contudo, que o tratamento posterior para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos não é considerado incompatível com as finalidades iniciais. Consagra-se, igualmente, o princípio da minimização de dados, isto é, estes devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados, em absoluta correspondência com o artigo 5º/1 c) Lei nº67/98; o princípio da exatidão (os dados pessoais devem ser exatos e atualizados sempre que necessário, devendo ser adotadas todas as medidas adequadas para que os dados inexatos, tendo em conta as finalidades para que são tratados, sejam apagados ou retificados sem demora), em sintonia com o artigo 5º/1 d) Lei nº67/98; o princípio da limitação da conservação (os dados pessoais devem ser conservados de uma forma que permita a identificação dos titulares dos dados apenas durante o período necessário para as finalidades para as quais são tratados), que reproduz sensivelmente a solução consagrada no artigo 5º/1 e) Lei nº67/98, embora se esclareça, agora, que os dados pessoais podem ser conservados durante períodos mais longos, desde que sejam tratados exclusivamente para fins de arquivo de interesse público, fins de investigação científica ou histórica ou fins estatísticos; e o princípio da integridade e confidencialidade. Quanto a este último, ausente do elenco de condições a que devem obedecer os dados pessoais de acordo com a Lei nº67/98, significa que os referidos dados devem ser tratados de uma forma que garanta a sua segurança, incluindo a proteção contra o seu tratamento não autorizado ou ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação acidental, adotando as medidas técnicas ou organizativas adequadas. Não obstante a referida omissão, importa considerar que ele já se extrairia de uma análise sistemática do regime legal em vigor em Portugal.

Tal como sob a vigência da Lei nº67/98, de acordo com o Regulamento, o tratamento de dados pessoais só é lícito se existir consentimento do seu titular ou, em alternativa, se se verificar uma das seguintes situações: se o tratamento for necessário para a execução de um contrato no qual o titular dos dados é parte, ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados; se o tratamento for necessário para o cumprimento de uma obrigação jurídica a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito; se o tratamento for necessário para a defesa de interesses vitais do titular dos dados ou de outra pessoa singular; se o tratamento for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da

autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento; se o tratamento for necessário para efeito dos interesses legítimos prosseguidos pelo responsável pelo tratamento ou por terceiros, exceto se prevalecerem os interesses ou direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais, em especial se o titular for uma criança.

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

Nos termos do artigo 7º Regulamento, o responsável por aquele deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais. Ademais, se o consentimento do titular dos dados for dado no contexto de uma declaração escrita que diga também respeito a outros assuntos, o pedido de consentimento deve ser apresentado de uma forma que o distinga claramente desses outros assuntos de modo inteligível e de fácil acesso e numa linguagem clara e simples. Onde a Lei nº67/98 falava de consentimento inequívoco, colocando-se o problema de saber se ele poderia ser tácito e chegando-se à conclusão que o carácter não expresso da declaração, nos termos do artigo 217º CC, não contrariava a inequívocidade dele, diz-se agora que o responsável deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento. Ora, trata-se de uma questão probatória, que não pode ser confundida com a modalidade da declaração em causa. Em rigor, mesmo que se exigisse que o consentimento fosse prestado segundo uma determinada forma – algo que o regulamento não dispõe –, nos termos do artigo 217º/2 CC, tal carácter formal não impediria que ela fosse emitida tacitamente, desde que a forma tivesse sido observada quanto aos factos de que a declaração se possa deduzir. Haverá, contudo, de ter em conta o artigo 4º/11 Regulamento. Neste define-se o consentimento como “uma manifestação de vontade, livre, específica, informada e explícita, pela qual o titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito sejam objeto de tratamento”¹⁶. Ora, embora haja alusão à natureza explícita da manifestação da vontade, o regulamento afirma que esta tem lugar mediante declaração ou ato positivo inequívoco. Se é de admitir,

¹⁶ O artigo 3º/h) Lei nº67/98 não falava de manifestação explícita, limitando-se a definir o consentimento como “qualquer manifestação de vontade, livre, específica e informada, nos termos da qual o titular aceita que os seus dados pessoais sejam objeto de tratamento”.

à luz do ordenamento jurídico português, e atenta a amplitude com que se compreendem os comportamentos declarativos, que haja consentimento tácito, desde que prestado de forma explícita e inequívoca, haverá, também e, não obstante, que ter em conta quer que o responsável por aquele deve poder demonstrar que o titular dos dados deu o seu consentimento para o tratamento dos seus dados pessoais¹⁷, quer o disposto a este propósito no *considerandum* 32 do Regulamento. Pode ler-se aí que “o consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrónico, ou uma declaração oral. O consentimento pode ser dado validando uma opção ao visitar um sítio *web* na Internet, selecionando os parâmetros técnicos para os serviços da sociedade da informação ou mediante outra declaração ou conduta que indique claramente nesse contexto que aceita o tratamento proposto dos seus dados pessoais. O silêncio, as opções pré-validadas ou a omissão não deverão, por conseguinte, constituir um consentimento. O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrónica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido”. Exclui-se expressamente – e em consonância com a regra ditada pelo artigo 218º CC – a relevância do silêncio como declaração de vontade, mas persistem dúvidas acerca do comportamento concludente como via de manifestação da vontade do sujeito. Nada se estabelecendo a este respeito, valem, entre nós, numa interpretação sistemática dos preceitos do regulamento, as regras atinentes às declarações negociais, aplicáveis a esta questão ou diretamente ou por força do artigo 295º CC¹⁸.

O consentimento tem de ser prestado livremente¹⁹ e tem de ser esclarecido. Daí que o titular dos dados tenha direito à prestação de uma série de informações,

¹⁷ Releva a este ensejo a diferença entre as formalidades *ad probationem* e *ad substantiam*.

¹⁸ Sobre o ponto, cf., ainda, Paulo Mota PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

¹⁹ Cf. o artigo 7º/4 Regulamento, nos termos do qual “o avaliar se o consentimento é dado livremente, há que verificar com a máxima atenção se, designadamente, a execução de um contrato, inclusive a prestação de um serviço, está subordinada ao consentimento para o tratamento de dados pessoais que não é necessário para a execução desse contrato”.

A propósito do carácter livre do consentimento, importa considerar que o Regulamento estabelece regras atinentes ao consentimento por menores. Dispõe o artigo 8º que “quando for aplicável o artigo 6º/1 a), no que respeita à oferta direta de serviços da sociedade da informação às crianças, dos dados pessoais de crianças é lícito se elas tiverem pelo menos 16 anos. Caso a criança tenha menos de 16 anos, o tratamento

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

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

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

só é lícito se e na medida em que o consentimento seja dado ou autorizado pelos titulares das responsabilidades parentais da criança”. A esta solução já seria possível chegar com base nas regras próprias do ordenamento jurídico português. Para tanto seria, no entanto, necessário perscrutar a natureza do direito à proteção de dados.

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

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

Para além do direito ao esquecimento, o titular dos dados tem também direito, nos termos do artigo 16º, a obter, sem demora injustificada, do responsável pelo tratamento a retificação dos dados pessoais inexatos que lhe digam respeito ou que sejam completados os dados incompletos sejam completados; nos termos do artigo 18º, a obter do responsável pelo tratamento a limitação do tratamento, se se aplicar uma hipóteses previstas no preceito (direito de limitação); nos termos do artigo 20º, de receber os dados pessoais que lhe digam respeito e que tenha fornecido a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, desde que o tratamento se baseie no consentimento ou num contrato e desde que o tratamento seja realizado por meios automatizados (direito de portabilidade); nos termos do artigo 21º, de se opor a qualquer momento, por motivos relacionados com a sua situação particular, ao tratamento dos dados pessoais feito de acordo com o artigo 6º/1/ e) ou f), ou no artigo 6º/4. Neste caso, o responsável pelo tratamento cessa o tratamento dos dados pessoais, a não ser que apresente razões imperiosas e legítimas para esse tratamento que prevaleçam sobre os interesses, direitos e liberdades do titular dos dados.

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

O reforço da segurança passa, a este nível, *inter alia*, pela aplicação, tanto no momento de definição dos meios de tratamento como no momento do próprio tratamento, de medidas técnicas e organizativas adequadas, como a pseudonimização, a garantir a eficácia dos princípios da proteção de dados, nos termos do artigo 25º/1 Regulamento. De acordo com o nº2 do mesmo artigo 25º “o responsável pelo tratamento aplica, ainda, as medidas técnicas e organizativas para assegurar que, por defeito, só sejam tratados os dados pessoais que forem necessários para cada finalidade específica do tratamento. Essa obrigação aplica-se à quantidade de dados pessoais recolhidos, à extensão do seu tratamento, ao seu prazo de conservação e à sua acessibilidade. Em especial, essas medidas asseguram que, por defeito, os dados pessoais não sejam disponibilizados sem intervenção humana a um número indeterminado de pessoas singulares”. Outras medidas técnicas e organizativas estão previstas no artigo 32º Regulamento.

Prevêm-se, igualmente, outras regras, quais sejam o estabelecimento de códigos de conduta, a realização de *privacy impact assessments*, a notificação obrigatória das autoridades em caso de violação de dados pessoais, a nomeação de um encarregado de proteção de dados.

IV – A natureza do direito à proteção de dados

Independentemente das concretas diferenças de regime que se possam denotar entre os dois diplomas, é inequívoco o papel central que o consentimento ocupa ao nível da proteção de dados. Na verdade, ele, devendo ser informado, específico, livre e podendo ser revogado a todo o tempo, funciona como condição de licitude da recolha e tratamento de dados. Compreendem-se, portanto, as características que deve revestir. Se em causa está uma autorização do titular dos dados para a sua utilização por terceiros, então, ele só poderá ser válido se o sujeito tiver exata noção do alcance do ato que está a praticar. Daí a importância dos deveres de informação a que nos referimos *supra*. Mas daí, também, a importância vital da ligação entre o consentimento e as finalidades do tratamento de dados. A este propósito, Alexandre Sousa Pinheiro esclarece que “o consentimento válido para um tratamento implica o conhecimento dos fins a que se destina a recolha”, pois, caso contrário, “a declaração de vontade mostra-se oca e destituída de conexão com o tratamento de dados”²⁰. É nesta relação *consentimento-finalidade* que o autor baseia a ideia de autodeterminação informacional.

²⁰ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 806. O autor acrescenta que se deve exigir uma definição clara e completa das finalidades, não sendo admissíveis meras referências a objetivos ou grandes metas. Nas suas palavras, “não são admissíveis disposições em branco, dada a sua incompatibilidade

A proteção de dados poderia autonomizar-se como “uma forma de concretização da autodeterminação informacional”, ou seja, “enquanto a proteção de dados é pensada como uma garantia, o seu fundamento, ou seja, a autodeterminação informacional, exprime-se como uma liberdade”²¹. No fundo, “a autodeterminação informacional reveste a natureza de posição jurídica complexa, abrangendo elementos próprios das diferentes posições ativas (direitos, liberdades, garantias, poderes) que compõem os direitos fundamentais”²².

Simplemente, como o próprio autor reconhece, “o consentimento [em que aquela autodeterminação se vem a projetar e a manifestar] é superado por razões contratuais, para o cumprimento de obrigações legais, para a proteção de interesses vitais do titular dos dados quando se encontre incapaz de o prestar e quando estejam em causa missões de interesse público ou relativas ao exercício de uma atividade pública”²³.

Diríamos mais: com o novo traçado legal, imposto pelo Regulamento europeu, ao colocar-se o consentimento em pé de igualdade com outros fundamentos da licitude da recolha e tratamento de dados, a autonomia de que se cura não poderá ser vista como o objeto da tutela, mas como um pilar fundamental para o exercício de outro bem jurídico que se protege a este nível. No fundo, e dito de uma forma mais direta, o consentimento, que corporiza a autonomia, surge, a este nível, como uma forma de afastar a ilicitude de um atentado não contra a própria autonomia que se exerce, mas contra um outro bem jurídico. Isso explica que, quando não haja consentimento (ou independentemente de o haver ou não), possa existir um tratamento de dados válido, atenta a ponderação de bens jurídicos que é feita pelo legislador.

Tendo a sensibilidade para o reconhecer, Alexandre de Sousa Pinheiro acaba por defender que a proteção de dados “deve ser integrada num direito de maior latitude”, o direito à identidade informacional²⁴. Este seria um “direito de

com a autodeterminação informacional e o perigo de se proceder a recolhas no vazio”. Mais esclarece que, nos casos em que a finalidade tem de ser definida em termos mais amplos (por exemplo, por motivos de investigação criminal de largo espetro), se exige uma aplicação estrita do princípio da proporcionalidade. Para um elenco dos princípios subjacentes à proteção de dados, cf. Margarida OLIVEIRA, *A proteção de dados pessoais nas comunicações eletrónicas: o papel da CNPD e da ANACOM*, UCP, Lisboa, 2015, 28 s., falando de princípio da transparência, de princípio da lealdade, licitude e boa-fé, princípio do consentimento, princípio da finalidade, princípio da proporcionalidade e princípio da limitação do prazo de conservação.

²¹ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 805.

²² Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 805.

²³ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 809.

²⁴ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 810. Este parece ser, aliás, o cerne da sua dissertação de doutoramento.

personalidade, na medida em que protege um bem da personalidade composto por várias posições jurídicas”²⁵.

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

Em primeiro lugar, se é certo que existe um direito à identidade no quadro mais alargado do direito geral de personalidade²⁶, ele acaba por ter de ser analisado por referência a múltiplos elementos que o integram. A este propósito, Capelo de Sousa explica que “o bem da identidade reside (...) na própria ligação de correspondência ou identidade do homem consigo mesmo e está pois ligado a profundas necessidades humanas, a ponto de o teor da convivência humana depender da sua salvaguarda em termos de plena reciprocidade. Daí que (...) o direito tutele como bens jurídicos quer a ontologia da identidade humana quer o seu reflexo lógico ou formal ao nível do seu reconhecimento social, situando cada homem como centro autónomo de interesses, reconhecendo-lhes o seu particular modo de ser e de se afirmar e impondo aos outros o reconhecimento da sua identidade, v.g. de modo a que as referências a cada homem respeitem a sua identidade ontológica”²⁷. Continua o autor, dizendo que “o interesse jurídico da identidade humana é atingido não só nos casos em que os elementos ou sinais de identidade sejam falsificados, contrafeitos ou desviados dos fins próprios do respetivo titular, mas também nos casos em que a representação da pessoa não seja exata por mera omissão ou insuficiência dos elementos ou sinais retratados”²⁸. E acrescenta que “a tutela juscivilística da identidade humana incide desde logo sobre a configuração somático-psíquica de cada indivíduo, particularmente sobre a sua imagem física, os seus gestos, a sua voz, a sua escrita e o seu retrato moral. Mas recai também sobre os termos da inserção sócio-ambiental de cada homem, maxime sobre a sua imagem de vida, a sua história pessoal, o seu decoro, a sua reputação ou bom nome, o seu crédito, a sua identidade sexual, familiar, racial,

²⁵ Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 777.

²⁶ Cf., quanto ao ponto, R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, 244 s.

²⁷ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 245.

²⁸ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 246.

linguística, política, religiosa e cultural” e ainda sobre “os próprios sinais sociais de identificação humana, quer principais, como o nome e o pseudónimo, quer acessórios, como a filiação reconhecida, o estado civil, a naturalidade e o domicílio que (...) integram para certos fins o conteúdo do bem personalístico da identidade”²⁹. Significa isto que o direito à identidade se sobrepõe a outros direitos ou bens da personalidade, razão pela qual poderíamos evidenciar que, ao nível da proteção de dados, está afinal em causa a tutela de todos eles. Não haveria, assim, razão para – e porque já foi suficientemente autonomizado pelo ordenamento jurídico – não considerar, a propósito da proteção de dados, direitos como o direito à imagem, o direito à voz, o direito ao nome, o direito ao crédito, entre outros.

Por outro lado, e mais importante, o direito à identidade pessoal – nas suas diversas vertentes – só é lesado quando haja omissões, deturpações ou usurpações, ao ponto de alguns autores o reconhecerem como um direito à verdade pessoal³⁰. Ora, isto significa, por um lado, que a simples utilização não lícita de dados não põe em causa o direito à identidade pessoal e, por outro lado, que, quando tal ocorra, a partir do uso indevido de dados pessoais, outros bens da personalidade podem ser afetados, não se percebendo por que razão é que se privilegia a identidade em detrimento da privacidade, da imagem ou mesmo da igualdade.

A civilística portuguesa, aliás, tem tratado do problema da proteção de dados a propósito da privacidade³¹, ou concretização do direito à privacidade³² ou como refração do conteúdo da privacidade, enquanto elemento integrador do objeto do direito geral de personalidade³³, o que não impede que alguns autores

²⁹ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 248 s.

³⁰ Cf. Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil, Sumários Desenvolvidos*, Centelha, Coimbra, 1981, 16 s.; Orlando de CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil. Relatório sobre o programa, o conteúdo e o método de ensino*, FDUC, Coimbra, 1976, 43 s.

³¹ Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, “Proteção de dados pessoais e direito à privacidade”, *Direito da Sociedade da Informação*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, 249; A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo III, Almedina, Coimbra, 2004, 90, e *Tratado de Direito Civil*, IV, Almedina, Coimbra, 2007, 254 s.; R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 318 s.

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

³² Cf. A. Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 90.

³³ Assim, R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 318 s., considerando que “a reserva juscivilisticamente tutelada abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respetivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazeres, dos rendimentos patrimoniais e de demais elementos privados da atividade profissional e económica, bem como (...) a própria reserva sobre a individualidade privada do homem no seu ser para si mesmo, v.g. sobre o seu direito a estar só e sobre os caracteres de acesso privado do seu corpo, da sua saúde, da sua sensibilidade e da sua estrutura intelectual e volitiva”.

considerem que “a previsão do nº 1 do artigo 35º diz respeito mais propriamente ao bem da identidade da pessoa”³⁴. Significa isto que, embora sublinhando a vertente da identidade, os autores não deixam – como nos parece que não devem deixar de fazer – de reconduzir para o cerne da proteção de dados a privacidade. É claro que esta não se mostra apta a explicar, por si só, a proteção de dados. O direito à proteção de dados ultrapassa o direito à privacidade, quanto ao seu âmbito de relevância³⁵. E não é só a finalidade da consagração constitucional do direito – e posterior disciplina normativa instituída pelo legislador ordinário – que no-lo permitem afirmar, mas, igualmente, a percepção de que, em face da amplitude da noção de dados pessoais com que somos confrontados, podemos lidar com elementos que não se integram no núcleo estrito da privacidade, antes dizendo respeito ao conteúdo de outros direitos³⁶.

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

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

³⁴ R. Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 322, n.812.

³⁵ Cf., a este propósito, Ac. STJ 16 de Outubro de 2014 (679/05.TAEVR.E2.S1)

Repare-se, a este nível, que, se ao abrigo da lei de proteção de dados os dados relativos à vida privada eram considerados dados sensíveis, tal deixa de ocorrer no quadro do regulamento europeu.

³⁶ Neste sentido, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 487, considerando que a proteção de dados se refere a qualquer informação relativa ao titular e que, por isso, tem autonomia em relação à proteção da vida privada e à privacidade.

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

Cf., igualmente, na obra citada pág. 771 s., distinguindo o direito à vida privada do direito à proteção de dados, evidenciando que a reserva que é definida por lei se estende a todos os dados individualizáveis e não apenas aos dados sensíveis.

A proteção de dados pessoais afigura-se fundamental a diversos níveis. Em primeiro lugar, ela é vital para salvaguarda da identidade do sujeito, já que a divulgação de dados pessoais pode levar a que outros se apropriem daquela ou que haja dela uma deturpação, levando a que a pessoa seja confundida com outra ou que seja desvirtuada a verdade pessoal do sujeito; em segundo lugar, torna-se essencial para garantir que não se divulgam determinados elementos que, dizendo respeito ao sujeito, podem ser motivo de discriminação, sendo por isso determinante para a defesa da igualdade³⁷; em terceiro lugar, ela é fulcral para a defesa da privacidade do sujeito, bem como para outros direitos de personalidade como a honra. Isto significa que a proteção de dados não tem como objeto último um direito de personalidade, mas vários direitos de personalidade do titular dos dados. E, por outro lado, significa que, e fazendo apelo a uma classificação jus-subjetiva muito cara ao constitucionalismo, estamos diante de um direito-garantia, uma guarda-avançada de certas posições jurídicas ativas.

Isto mesmo é perceptível se pensarmos no problema do ponto do prisma da violação do direito. Entre nós, e porque a responsabilidade civil extracontratual se alicerça no modelo de Ihering, uma pretensão indemnizatória terá de, em princípio, fundar-se na violação de direitos absolutos ou na lesão de disposições legais de proteção de interesses alheios. Ora, deixando de lado a possibilidade de olharmos para algumas normas do regulamento europeu sobre proteção de dados

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

³⁷ Cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 380. Sobre os dados ditos sensíveis, a que a Constituição se refere no artigo 35º/3, consideram Jorge Miranda e Rui de Medeiros que são “os elementos de informação cujo tratamento informático, além de poder contender com a privacidade do sujeito, pode vir a dar origem a tratamentos desiguais ou discriminatórios” – cf. Jorge MIRANDA/Rui de MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, 386.

Sobre os dados sensíveis, para uma outra visão do problema, cf. Alexandre de Sousa PINHEIRO, *Privacy e proteção de dados pessoais*, 487 s., e Spiros SIMITIS, “Sensitive datenzur Geschichte und Wirkung einer Fiktion”, *Festschrift zum 65. Geburtstag von M. Pedrazzini* (E. Bem/J. Nicolas Druey/Ernest A. Kramer/ Ivo Schwander, ed.), Stämpfli & Cie. AG, 1990, 469 s., também citado por Alexandre Sousa Pinheiro, considerando que não há dados pessoais inofensivos e que, por isso, não faz grande sentido a autonomização dos dados sensíveis, já que tudo depende do contexto global do tratamento que deles é feito. Veja-se, igualmente, Anne Cammmilleri SUBRENAT/Claire Levallois-BARTH, *Sensitive data protection in the European Union*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

como disposições daquele jaez³⁸, o que comportaria consequências dogmáticas não negligenciáveis, haveria que identificar o direito absoluto violado. Se A recolher dados pessoais de B e, em preterição das regras de cuidado, permitir que C, com intenções malévolas, tenha a eles acesso, divulgando factos relativos à vida privada daquele, o problema que se terá de colocar é o de saber se, pese embora o comportamento do terceiro, a lesão do direito à privacidade pode ou não ser imputado a A. Do mesmo modo, se C tiver acesso a dados de identificação civil e fiscal de B e com isso se fizer passar por ele, causando-lhe sérios prejuízos, porque A violou determinadas regras de segurança no tratamento dos dados, o problema que teremos em mãos é o da recondução da lesão do direito à identidade ao comportamento de A. Finalmente, se A recolher ilicitamente dados sensíveis relativos a B e os transmitir a C que, fazendo uso deles, discrimina B num procedimento concursal, a questão que se terá de colocar é se a violação do direito à igualdade pode ou não ser imputada ao comportamento de A. Na verdade, não é possível dar uma resposta ao problema delitual se nos predicarmos exclusivamente na violação do direito à proteção os dados pessoais, porque, sendo circunscritos os sujeitos passivos das normas legais na matéria, tornar-se-ia impossível, por um lado, responsabilizar os terceiros com que nos confrontamos, e, por outro lado, encontrar um conteúdo útil para o direito que nos permitisse resolver o problema do preenchimento da responsabilidade, se ignorássemos os direitos de personalidade especiais preteridos. Ao mesmo tempo, se quiséssemos olhar para os referidos direitos, então teríamos de nos orientar pela própria fundamentação do direito, o que vem mostrar que a ilicitude se desvela, afinal, na lesão daqueles³⁹.

³⁸ Mesmo olhando para essas normas, e portanto situando-nos na segunda modalidade de ilicitude delitual, seria importante a consideração dos interesses tutelados ao nível da proteção de dados, para efeitos de imputação.

³⁹ O argumento avançado em texto leva pressuposto o problema da imputação objetiva e a cisão entre a causalidade fundamentadora da responsabilidade e a causalidade preenchedora da responsabilidade. sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexa de causalidade ao nexa de imputação. Contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual*, Príncipia Editora, Parede, 2013.

A este propósito uma última nota: se fundamentarmos em algumas normas do regulamento europeu disposições legais de proteção de interesses alheios, isso não vai alterar o nosso raciocínio, embora possa alterar os termos da ponderação. Na verdade, ainda nesse caso, teremos de ter em atenção os interesses tutelados que, em última instância, se identificam com os direitos de personalidade referidos.

V – Consequências do entendimento acerca da natureza do direito

A relação que perfuntoriamente se estabelece entre a proteção de dados e a tutela da personalidade (e mais especificamente alguns direitos de personalidade) não tem um mero cunho genético-explicativo. Pelo contrário, ela parece fundamental para, numa compreensão sistemático-axiológica do ordenamento jurídico, garantir o acerto da interpretação que se faça de algumas regras contidas na disciplina legal da proteção de dados, podendo considerar-se que existe entre ambos uma relação de interioridade constitutiva.

1. Os limites à proteção de dados

Em primeiro lugar, do ponto de vista objetivo, a consideração da ligação entre a proteção de dados e os direitos de personalidade leva-nos a ponderar limites à proteção para lá dos que estão previstos no direito positivo. Do mesmo modo, a consideração dos limites dos direitos de personalidade em questão afigura-se fundamental para a interpretação das próprias condições de licitude da recolha e tratamento dos dados pessoais. Pense-se, por exemplo, nos limites à tutela do direito à imagem previstos no artigo 79º CC.

2. Os beneficiários da proteção: o problema dos nascituros, das pessoas falecidas e das pessoas coletivas

Em segundo lugar, do ponto de vista subjetivo, a consideração da relação de interioridade constitutiva a que aludimos revela-se essencial para determinar quem são, efetivamente, os beneficiários da proteção. O Regulamento (UE) 2016/679 refere-se às pessoas singulares e exclui, expressamente, do seu âmbito de aplicação as pessoas coletivas. No *considerandum* 14, podemos ler que “a proteção conferida pelo presente regulamento deverá aplicar-se às pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou do seu local de residência, relativamente ao tratamento dos seus dados pessoais. O presente regulamento não abrange o tratamento de dados pessoais relativos a pessoas coletivas, em especial a empresas estabelecidas enquanto pessoas coletivas, incluindo a denominação, a forma jurídica e os contactos da pessoa coletiva”.

Resulta daqui que, pela simples leitura do documento normativo comunitário, se excluem as pessoas coletivas e fica sem resposta o problema de saber se a proteção de dados pessoais se pode ou não estender-se a nascituros e a pessoas já falecidas.

O grupo de trabalho sobre a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais, instituído pela Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro (grupo de trabalho do artigo 29º), teve, por referência à citada diretiva e à sua interpretação, oportunidade de se pronunciar sobre estas questões.

Relativamente às pessoas já falecidas, diz o grupo de trabalho que “a informação relativa a pessoas mortas, em princípio, não deverá assim ser considerada como dados pessoais sujeitos às regras da Diretiva, uma vez que, para efeitos do Direito Civil, os mortos já não são pessoas singulares. No entanto, em alguns casos, os dados sobre pessoas mortas poderão ainda receber protecção indiretamente. Por um lado, o responsável pelo tratamento pode não estar em posição de determinar se a pessoa a que diz respeito a informação ainda é viva ou já está morta. Ou mesmo que o possa fazer, a informação sobre os mortos pode ser tratada ao abrigo do mesmo regime que o aplicado aos vivos, sem distinção (...). Por outro lado, a informação sobre pessoas mortas pode também fazer referência a pessoas vivas (...) quando a informação que constitui dados sobre os mortos puder ser considerada como igualmente relativa aos vivos e constituir dados pessoais sujeitos à Diretiva, os dados pessoais dos mortos podem indiretamente usufruir da protecção das regras de protecção de dados. Em terceiro lugar, a informação sobre pessoas mortas pode ser sujeita a protecção específica atribuída por um grupo de regras para além da legislação sobre protecção de dados, delineando o que alguns designam por *‘personalitas praeterita’*. A obrigação de confidencialidade do pessoal médico não termina com a morte do doente. A legislação nacional sobre o direito à honra e à imagem pode atribuir também protecção à memória dos mortos”⁴⁰.

No tocante aos nascituros, o mesmo grupo de trabalho aduz que “a aplicação das regras de protecção de dados antes do nascimento irá depender do posicionamento geral dos sistemas jurídicos nacionais sobre a protecção dos nascituros”⁴¹; e no que respeita às pessoas coletivas, considera que “uma vez que a definição de dados pessoais faz referência a pessoas, isto é, pessoas singulares, a informação relativa a pessoas coletivas em princípio não é abrangida pela Diretiva e a protecção por ela atribuída não lhes é aplicável. No entanto, algumas regras de protecção de dados poderão ainda, em determinadas circunstâncias, aplicar-se indiretamente a informação relativa a empresas ou a pessoas coletivas”⁴².

⁴⁰ Cf. GRUPO DE TRABALHO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29º, *Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais*, 23.

⁴¹ GRUPO DE TRABALHO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29º, *Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais*, 24.

⁴² GRUPO DE TRABALHO DE PROTEÇÃO DE DADOS DO ARTIGO 29º, *Parecer 4/2007, sobre o conceito de dados pessoais*, 24.

O problema há-de ser solucionado à luz dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico em que nos inserimos.

Começemos pela consideração dos nascituros.

Nos termos do artigo 66º/1 CC, a personalidade jurídica adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. Quer isto dizer que todas as pessoas nascidas com vida são consideradas sujeitos de direito, podendo – com exceções mínimas (v.g. o artigo 1601º, 1850º e 2189º CC) – ser em regra titulares de quaisquer direitos e quaisquer deveres, nisto se traduzindo a sua capacidade de gozo. Se nenhuma dúvida se coloca quanto à imperiosa necessidade de, em nome da dignidade que a predica, se reconhecer personalidade jurídica a qualquer pessoa singular, colocam-se problemas no tocante a saber se os nascituros são ou não considerados sujeitos de direito. A questão suscita dúvidas do ponto de vista dogmático, para as quais não se encontra uma resposta fácil. Na verdade, se é certo que ao nascituro são reconhecidos direitos de natureza patrimonial e não patrimonial, o nº 2 do artigo 66º CC dispõe que “os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento” e o nº1 do mesmo artigo parece ser claro na determinação do momento em que se adquire personalidade⁴³. Ora, se o nascituro é titular de direitos é porque tem suscetibilidade para o ser. Portanto, por que razão se aduz que a personalidade só tem início com o corte do cordão umbilical? As respostas que se oferecem para a questão são variadas e de variada índole.

Alguns autores mostram-se perentórios em afirmar que a personalidade jurídica tem início na concepção⁴⁴. Como nos recorda Pedro Pais de Vasconcelos,

⁴³ Sobre o ponto, para outros desenvolvimentos, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, “Em busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro – a perspetiva do direito civil”, *Boletim da Faculdade de Direito*, tomo I, 2016.

⁴⁴ Vide, nesse sentido, António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I/III, Coimbra, Almedina, 2004, 297 s. (considerando que o nascituro tem pelo menos direito à vida, pelo que tem personalidade jurídica, mas defendendo que a capacidade de gozo está sujeita à condição suspensiva do nascimento); Diogo Leite CAMPOS, “O início da pessoa humana e a pessoa jurídica”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 2001, 1257-1268; Diogo Leite CAMPOS, *Lições de direitos de personalidade*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, LXVI, 1990, 162 s. (considerando que a personalidade se inicia com a concepção e que a regra contida no artigo 66º/1 CC está ultrapassada); José Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, 50 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2005, 70 s.; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 104 s.; Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, *Forjar o Direito*, Coimbra, Almedina, 2015, 243 s.; Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 156 s. (defendendo uma personalidade jurídica parcial para o nascituro e sustentando que ele é titular de direitos de personalidade, que não lhe podem ser negados. Capelo de Sousa, inclusivamente, sustenta que o artigo 66º/2 CC apenas é aplicável aos direitos de natureza patrimonial, sob pena de sermos conduzidos a situações paradoxais para o direito); Paulo OTERO, *Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano*, Coimbra, Almedina, 1999, 34 s.; Gabriel Órfão GONÇALVES, “Da personalidade jurídica do nascituro”, *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, 2000, 533, considerando

o nascituro não é uma simples víscera da mãe, mas um ser humano pleno de dignidade, pelo que haverá de ser reconhecido como pessoa para o direito. Ou seja, o homem, por o ser, é necessariamente titular de direitos, donde não pode deixar de ser reconhecida a personalidade jurídica, porque “não é o texto da lei que permite afirmar ou refutar a personalidade jurídica das pessoas singulares”⁴⁵. Nessa medida, sustenta o civilista, o artigo 66º CC deve ser interpretado no sentido da capacidade jurídica, que deve ser tida como embrionária e condicionada, embora não se possa falar, a este propósito, de uma condição suspensiva, porque tal redundaria na afirmação de direitos sem sujeito. Também Menezes Cordeiro sustenta que o nascituro, porque tem pelo menos direito à vida, tem personalidade jurídica, embora a sua capacidade de gozo esteja sujeita à condição suspensiva do nascimento. O autor é explícito a afirmar que “a ideia de condição legal do nascimento acaba por corresponder à ideia fundamental subjacente ao artigo 66º. Não se trata de associar a personalidade ao nascimento: matéria complexa, em mutação, e para a qual o legislador de 1966, que nem refere o direito à vida, não estava preparado para regular; antes se visa neste preceito a capacidade. A capacidade (de gozo) relativa aos direitos patrimoniais está sujeita à condição suspensiva do nascimento”⁴⁶.

A referência explícita aos direitos patrimoniais leva-nos diretamente ao pensamento de Capelo de Sousa. Para o autor, deve ser reconhecida ao nascituro uma personalidade jurídica parcial, que se sustenta na titularidade necessária dos direitos de personalidade e na não aplicação do artigo 66º/2 no que respeita aos direitos de natureza pessoal. O preceito restringir-se-ia, portanto, segundo a interpretação defendida, ao âmbito patrimonial, embora lidasse com a questão da personalidade e não da capacidade⁴⁷.

Outra é a proposta interpretativa oferecida por Carneiro da Frada. Para o autor, o reconhecimento da personalidade jurídica a todo o ser humano é uma exigência indeclinável da juridicidade. Posto isto, o artigo 66º/1 “deve ser interpretado tendo (...) em conta a superveniência de uma lacuna (depois da entrada em vigor do código civil) no plano da tutela da vida humana: a lacuna decorrente

que o artigo 66º CC foi revogado pelo artigo 24º CRP; Mário Bigotte CHORÃO, “O nascituro e a questão do estatuto do embrião humano no direito português”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Pedro Soares Martinez*, I, Coimbra, Almedina, 2000, 635 s.; Mário Bigotte CHORÃO, “O problema da natureza e tutela jurídica do embrião à luz de uma conceção realista e personalista do direito”, *O Direito*, 123, 1991, 584 s.

⁴⁵ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, Coimbra, Almedina, 2006, 116.

⁴⁶ António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 305.

⁴⁷ Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 156 s. O autor parece apartar, contudo, a questão da tutela da personalidade humana da questão do reconhecimento da personalidade jurídica. Veja-se, a este propósito, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 270.

Cf., igualmente, *O direito geral de personalidade*, 362, falando de uma personalidade parcial, reduzida, fracionária.

da necessidade, que os avanços científicos e tecnológicos evidenciaram entretanto, de dotar o sujeito, já desde a fase intra-uterina, de uma proteção capaz da sua vida e integridade física: uma lacuna que, devidamente integrada, sacrificando o menos possível o que possa ter sido o sentido originário pretendido para o artigo 66º/1, implica todavia sempre uma precisão desse preceito que se desvia (possivelmente) daquele sentido inicial. (...) O legislador de 1966 não terá querido responder com o artigo 66º/1 ao problema da tutela do nascituro contra lesões à vida ou à integridade física. Terá pretendido sim introduzir um termo de certeza quanto ao início da personalidade jurídica, pondo do mesmo passo fim a discussões acerca da relevância da viabilidade do recém-nascido (...). Depois da entrada em vigor do Código Civil sobreveio a percepção da conveniência de uma tutela intra-uterina da vida humana mais ampla, a implicar a necessidade de reconhecer a personalidade jurídica ao nascituro muito para além dos casos expressamente previstos pelo legislador”⁴⁸. Assim sendo, continua Carneiro da Frada, “não pode dizer-se que o artigo 66º/1 faça do nascimento uma condição *sine qua non* – ou seja, uma condição absolutamente necessária – da aquisição da personalidade. Na verdade, ao estabelecer que a personalidade se adquire com o nascimento completo e com vida, esse preceito só impõe que o nascimento seja tido como condição suficiente da personalidade”⁴⁹. O autor propõe, então, uma reinterpretação do preceito ao nível probatório. Segundo as suas palavras, descortina “nesse preceito uma norma que diz respeito à verificação da prova do suposto de facto subjacente ao reconhecimento da personalidade jurídica – a existência de uma vida humana –, distribuindo o respetivo ónus”⁵⁰. Ou seja, se o artigo 66º/1 fixa o início da personalidade jurídica no momento do nascimento por razões de segurança jurídica, dado o “caráter oculto, extremamente não aparente ou socialmente equívoco do início da vida humana e das suas vicissitudes na fase intra-uterina”⁵¹, então “caso se demonstre que um dado nascituro existia (apesar de não ter ocorrido um nascimento), cessa essa razão que pode, ainda hoje, justificar o artigo 66º/1”⁵².

⁴⁸ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 248 s.

⁴⁹ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁵⁰ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁵¹ Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

⁵² Manuel Carneiro da FRADA, “A protecção juscivil da vida pré-natal. Sobre o estatuto jurídico do embrião”, 251.

Carneiro da Frada propõe, portanto, uma redução teleológica para o preceito. Esta interpretação, sendo meritória pela imperiosa necessidade de proteção do nascituro no tocante aos seus direitos de personalidade, tem de ser articulada com o artigo 66º/2. Na verdade, o segmento normativo determina que os direitos que a lei reconhece ao nascituro dependem do seu nascimento. Ora, se isto reforça a ideia de que, de facto, os nascituros são titulares de direitos – e como tal sujeitos para o direito –, suscita-se uma dúvida: uma vez provada a existência do nascituro a condição imposta pelo nº2 do artigo 66º deixa de se aplicar? Do ponto de vista da tutela dos direitos de personalidade, essa é, como vimos, a única solução defensável. Contudo, do ponto de vista patrimonial parece haver razões que justifiquem a restrição ordenada pelo ordenamento jurídico: a necessidade de certeza jurídica no que toca à transmissão de bens e a urgência de evitar retransmissões complexas⁵³. Dir-se-á, então, que, estabelecendo – com inversão do ónus da prova – a personalidade jurídica de todo o ser humano desde a concepção, o artigo 66º/1 seria depois complementado pelo artigo 66º/2, que só não se aplicaria aos direitos de natureza pessoal. Mas, a aceitar-se esta visão normativa, ter-se-ia de concluir que, afinal, o que estava em causa ao nível do nº2 do preceito seria a capacidade de gozo e não a personalidade jurídica. A perspetiva de Carneiro da Frada não distaria, portanto, sobremaneira do que outros autores já tinham proposto, embora com outro caminho de argumentação. No fundo, o que o autor pretende é justificar a ideia de que o nascituro tem personalidade jurídica, que lhe garanta uma ampla proteção, admitindo, porém, que possa haver limitações em matéria de capacidade de gozo⁵⁴.

O ordenamento jurídico português – como qualquer ordenamento jurídico que o seja verdadeiramente – reconhece a personalidade humana do nascituro e dispensa-lhe a adequada tutela. Como referido anteriormente, o nascituro é protegido nos seus direitos de personalidade, abrindo-se as portas a pretensões indemnizatórias em casos de atentado à vida e à integridade física⁵⁵; os pais –

⁵³ Cf. António Menezes CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I/III, 306.

⁵⁴ Admitindo, também, uma capacidade jurídica não plena do nascituro, cf. Karl LARENZ/Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., Verlag C. H. Beck, München, 2004, 125 s.

⁵⁵ Veja-se, quanto ao ponto, Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 161 s., referindo-se ao conteúdo do bem juridicamente tutelado da personalidade do nascituro concebido. Diz-nos o autor que “é (...) o conjunto representado pelo ser do nascituro concebido que merece integral proteção da lei, independentemente de também se configurarem tutelas especiais sobre alguns dos elementos ou manifestações da personalidade do concebido”.

Rabindranath Capelo de Sousa considera que é tutelável a vida do nascituro. Note-se que o autor sustenta que não haverá responsabilidade nos casos taxativamente admitidos de interrupção de gravidez fundados em indicação legal. Importa, contudo, sublinhar que defendemos – contrariamente ao que sustenta o autor (mas com a consciência de que o mesmo não se pronunciou sobre uma solução de prazos, como a que está consagrada no nosso código penal, a qual, aliás, considera inconstitucional) – o direito à indemnização

enquanto titulares das responsabilidades parentais – representam o filho mesmo que ainda não tenha nascido; o pai pode perfilhar o nascituro, desde que cumpridos os requisitos do artigo 1855º CC⁵⁶. Por aqui se denota que o filho não nascido – embora já concebido – não é tratado como um mero objeto, simples bem jurídico ao qual é reconhecida tutela, mas como um verdadeiro sujeito.

Perante uma situação particular em que um dos bens da personalidade do nascituro está a ser lesado, olhamos para o artigo 66º/1 CC e percebemos que, porque a ideia de personalidade jurídica deve ser compreendida à luz das exigências de sentido da ideia de personalidade humana, de pessoa, com a sua dignidade, se impõe a afirmação da personalidade jurídica do embrião ou do feto. É que, aí, nessa situação particular, ela é reclamada pela própria personalidade humana, tornando-se necessária. Com o que se opera, portanto, uma redução teleológica do preceito. A *ratio* da norma – a desnecessidade de reconhecimento da personalidade jurídica – deixa de se cumprir, pelo que se deve passar a reconhecer a qualidade ao nascituro. E, também e obviamente, o artigo 66º/2 CC não se aplicará – pela mesma ordem de razões – aos direitos de natureza pessoal.

Assim, cindimos a personalidade jurídica da personalidade humana: a primeira é um conceito técnico-operativo; a segunda é um conceito axiológico. Admitimos, portanto, que haja limitações da personalidade jurídica, quando comparada com a personalidade humana, ditadas pelas características específicas da personalidade concretamente em causa. Contudo, porque a interpretação do conceito operativo não pode deixar de se orientar pelo sentido ético-axiológico fundamentante, deixará de haver qualquer limitação sempre que a proteção da pessoa seja reclamada em concreto. Portanto, no caso de agressão ou ameaça de agressão aos direitos de personalidade do nascituro, afirmar-se-á, sem hesitação, a personalidade jurídica daquele⁵⁷.

Por aqui podemos concluir que, apesar de o direito positivo nada dizer sobre o ponto, a proteção de dados pessoais não pode senão estender-se aos nascituros. Esta exigência decorre da própria dimensão ético-axiológica que o direito envolve. De facto, não faz sentido aceitar-se fundadamente que os nascituros têm direitos de personalidade e dizer-se, subsequentemente, que não podem ser tutelados ao nível da proteção de dados. O que se poderá sustentar é que poucas serão as situações carecidas de tutela a este nível, o que não significa que sejam inexistentes.

mesmo nos casos em que o aborto praticado ao abrigo da hipótese de aborto ad nutum, admitido na lei penal. Capelo de Sousa integra, ainda, na tutela do nascituro a integridade física; a personalidade moral (devendo ser indemnizadas as ofensas decorrentes de injúrias e difamações ao nascituro).

⁵⁶ Cf. Rabindranath Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 160.

⁵⁷ Rememore-se, a este propósito, o brocardo *infans conceptus pro viato habetur, quoties e commodis ejus agitur* (a criança concebida tem-se por nascida sempre que seja vantajoso para ela)

Assim sendo, e porque se reconhece, por referência aos nascituros, a titularidade dos direitos de personalidade que são objeto de tutela ao nível da proteção de dados, não faz sentido dizer-se que eles não estão abrangidos pela proteção dispensada pelas normas que a erigem⁵⁸. É claro que a necessidade de tutela poderá ser menor, quando comparada com as pessoas já nascidas, mas não está excluída e afirmar-se-á, com a concreta assimilação do âmbito de relevância das normas pelo âmbito de relevância do caso, sempre que se justificar.

O mesmo raciocínio poderá ser estabelecido por referência às pessoas já falecidas. Relativamente a elas, dispõe o artigo 71º CC que “os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular”. Independentemente das posições doutrinárias que sobre o preceito possam conflitar – v.g. a posição dos autores que entendem que a norma empurra a personalidade jurídica para depois da morte⁵⁹; a posição de autores que olham para o preceito no sentido de consagrar um desvio à regra do artigo 68º CC⁶⁰; a posição de autores que, considerando embora que a personalidade jurídica cessa com a morte, sustentam que há determinados bens da personalidade do defunto que perduram no mundo das relações jurídicas, sendo autonomamente protegidos⁶¹; a posição de autores que olham para o artigo 71º no sentido de ele consagrar a tutela de um direito próprio dos familiares sobreviventes, que seriam afetados pelos atos ofensivos da memória do falecido⁶²; a posição de autores que entendem que o que se tutela é a memória do falecido, pelo que não seria possível recorrer, a este nível, às regras da responsabilidade civil⁶³ –, o certo é que podemos afirmar que não é lícito à luz do nosso ordenamento jurídico o ato de difamação ou injúria de uma pessoa já falecida, o ato atentatório do seu cadáver, o ato atentatório da sua imagem, o ato atentatório da sua identidade, o ato atentatório do direito à verdade pessoal, o ato atentatório do direito à história pessoal, *inter alia*. Ora, se assim é, então não faz sentido afirmar que as pessoas já falecidas não se integram no âmbito da tutela dispensada pela proteção de dados. Relembremos que

⁵⁸ Refira-se, a este ensejo, que mesmo os autores que negam personalidade jurídica ao nascituro, acabam por lhe reconhecer direitos, ainda que com menor amplitude, sobretudo no tocante aos direitos de personalidade. Para essas outras perspetivas, cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, 202 s.; Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 2010 (reimpressão da 4ª edição), 34. No direito mais antigo, cf. Cabral MONCADA, *Lições de Direito Civil*, I, Coimbra, 1932, 253 s. Cf., ainda, Henrich Ewald HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 2014 (reimpressão de 1992), 299 s.

⁵⁹ Diogo Leite CAMPOS, *Lições de direitos da personalidade*, Almedina, Coimbra 2000, 163 s.

⁶⁰ Pires de LIMA/Antunes VARELA, *Código Civil anotado*, 105.

⁶¹ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 189 s.

⁶² Cf. C. A. Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 203; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de personalidade*, 121.

⁶³ Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 100 s.

fundadamente considerámos que aquela tem a natureza de um direito-garantia cujo objeto se encontra noutros direitos de personalidade, com os quais se estabelece uma relação de interioridade constitutiva. De facto, como proteger determinados bens da personalidade e dizer que eles não são tutelados contra utilizações e tratamentos que os possam pôr em causa⁶⁴?

Resta, *in fine*, ponderar o problema por referência às pessoas coletivas. Mister é que se conclua, quanto a elas, que são titulares de direitos de personalidade e, mais precisamente, dos direitos de personalidade envolvidos na proteção de dados. A este propósito, parecem conflitar – em geral – duas teses: a) a de autores que sustentam que, embora os direitos de personalidade estejam insofismavelmente ligados às pessoas singulares, consideram que bens “atinentes à esfera social, como (...) a liberdade, a identidade, o bom nome, a reputação, a esfera de sigilo e de iniciativa” podem integrar-se, nos termos do artigo 160º CC, na capacidade de gozo das pessoas coletivas⁶⁵; b) a dos autores que sustentam que os direitos de personalidade estão necessariamente ligados à ideia de dignidade humana e que, portanto, “o seu alargamento às pessoas coletivas é um equívoco positivista que nasce da errada equiparação e confusão entre as pessoas singulares e as pessoas coletivas num macro-conceito geral-abstrato de personalidade jurídica”, pelo que “a aplicação do regime jurídico do direito de personalidade a pessoas coletivas nunca pode ser feito por via direta, mas antes e tão só por analogia, isto é, quando a semelhança das situações o justifique, e sempre com a adaptação do regime ao caso concreto e com a consciência de que o sentido jurídico é completamente diferente nos verdadeiros direitos de personalidade, de que são titulares pessoas humanas, e direitos subjetivos análogos na titularidade de pessoas coletivas”⁶⁶.

Não cremos que exista um dissenso intransponível entre a posição dos dois autores. Em ambos os casos, acaba por se vincar a ligação incindível entre a pessoa e os direitos de personalidade, por um lado, e, por outro lado, a possível titularidade deles por parte das pessoas coletivas. A única diferença é que Pais de Vasconcelos admite a solução por via da analogia. Se adequadamente aceitarmos, de acordo com a posição de Castanheira Neves e da sua metodologia⁶⁷, que toda a realização do direito implica a analogia, então a solução defendida por Pais de Vasconcelos não difere grandemente da anteriormente expendida, embora tenha o mérito de sublinhar que as pessoas coletivas “tomam de empréstimo” direitos

⁶⁴ É claro que a dimensão de igualdade que fundadamente dissemos ser, também, protegida ao nível da proteção de dados perde sentido por referência às pessoas já falecidas. Mas o facto de não existir perigo de discriminação não significa que as outras dimensões inscritas na tutela dos dados pessoais não possam tornar-se problemáticas.

⁶⁵ Capelo de SOUSA, *O direito geral de personalidade*, 601.

⁶⁶ Pedro Pais de VASCONCELOS, *Direito de Personalidade*, 123.

⁶⁷ Castanheira NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

que, pela sua natureza, só são pensáveis por referência às pessoas singulares. Na verdade, admitindo-se a titularidade de direitos de personalidade pelas pessoas coletivas (como se deve admitir) é bom não esquecer que esses direitos têm, nesse quadro, um diverso fundamento axiológico e uma diversa intencionalidade, sendo predispostos de modo funcionalizado aos fins que aquela prossegue. Acresce que, ao contrário do que sucede por referência às pessoas singulares, o legislador pode restringir a atribuição de tais direitos aos organismos criados pelas pessoas singulares⁶⁸.

O que aqui fica dito reveste-se de particular importância para o tema que estamos a tratar. Com efeito, porque os direitos de personalidade das pessoas coletivas não comungam com os congéneres titulados pelas pessoas singulares a intencionalidade axiológica que os últimos revestem, é possível que o legislador determine a sua não integração ao nível da proteção de dados pessoais. Parece que foi o que aconteceu ao nível do regulamento. Em rigor, tal integração teria de ser justificada pela necessidade ou pelo menos conveniência para a prossecução dos fins da referida pessoa. O que não quer dizer que, em concreto, não se possa reagir contra um ato de tratamento de dados que ponha em causa, num caso particular, os direitos envolvidos. Aí, poder-se-ão mobilizar por analogia algumas das regras integradas na proteção de dados⁶⁹.

3. O problema da responsabilidade civil

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

⁶⁸ No caso das pessoas singulares, deve entender-se que o legislador não atribui tais direitos, mas tão-só os reconhece, por eles decorrerem da própria ideia de direito assente na dignidade da pessoa humana.

⁶⁹ Veja-se, a este propósito, o artigo 1º/3 Lei nº41/2004, de 18 de Agosto, alterada pela Lei nº46/2012.

que sejam responsáveis por danos causados pelo tratamento, cada um é responsável pela totalidade dos danos, prevendo-se no nº5 do artigo 82º a possibilidade de exercício do direito de regresso em relação à parte da indemnização correspondente à respetiva parte de responsabilidade pelo dano em conformidade com a regra estabelecida no nº 2.

Torna-se, assim, inequívoco que o Regulamento 2016/679 consagra uma regra de solidariedade obrigacional entre os corresponsáveis, ao mesmo tempo que parece inverter o ónus da prova, a partir do momento em que se constata a violação das obrigações por ele impostas⁷⁰. As soluções são de aplaudir, não só pelo cunho protetivo do titular dos dados que apresentam, como porque parecem resultar do funcionamento das regras ressarcitórias, quando entendidas numa ótica personalista. De facto, a partir do momento em que um determinado sujeito lida com dados alheios, assume uma esfera de risco/responsabilidade, devendo adotar as medidas de cuidado – consagradas pelo legislador – no sentido de garantir a sua incolumidade. Não o fazendo, a primitiva esfera de responsabilidade (responsabilidade pelo outro, ou pelos dados do outro) convola-se numa outra esfera, mais ampla, de responsabilidade, no sentido da *liability* (responsabilidade perante o outro). A esta esfera são reconduzidos todos os danos-lesão que deveriam ser obviados pelo cumprimento do dever legal imposto, pelo que, *a priori*, cada interveniente no tratamento dos dados responderá pela totalidade do dano verificado em face do sujeito lesado. Posteriormente, pelo confronto entre a esfera de risco/responsabilidade do lesante e a esfera de risco, aquele primitivo nexo imputacional que se desenha concretiza-se, podendo em concreto excluir-se ou conjugar-se com outros.

Não basta, contudo, que se determine um concreto nexo de imputação para que a responsabilidade seja afirmada. A este associam-se outros requisitos de uma pretensão indemnizatória procedente: a ilicitude, a culpa e o dano. Ademais, a modelação que aquele nexo conheça, exatamente porque de um nexo de ilicitude se trata, fica dependente da concreta modalidade de ilicitude desvelada e, mais amplamente, da modalidade de responsabilidade civil em causa. Importa, portanto, tecer umas breves considerações a este propósito.

O nosso discurso orienta-se, até este momento, pela responsabilidade extracontratual ou aquiliana. Percebe-se que assim seja. Estamos, na verdade, e conforme constatámos a partir da identificação de uma relação de interioridade

⁷⁰ A solução parecia já resultar da lei nacional de proteção de dados. O nº2 do artigo 34º prevê que “o responsável pelo tratamento pode ser parcial ou totalmente exonerado desta responsabilidade se provar que o facto que causou o dano não lhe é imputável”. A formulação legal peca, contudo, por não perceber que se o evento não for imputável ao sujeito não é possível afirmar-se a responsabilidade, não fazendo sentido falar de uma responsabilidade parcial.

constitutiva entre a proteção de dados e diversos direitos de personalidade, num domínio onde se lida com direitos absolutos. Por outro lado, e de forma não inócua⁷¹, as regras previstas no Regulamento podem ser entendidas enquanto disposições legais de proteção de interesses alheios, abrindo as portas à segunda modalidade de ilicitude aquiliana⁷².

Isto não obsta, porém, a que, em concreto, não possa existir também assimilação do caso pela intencionalidade específica da responsabilidade contratual. Basta para tanto que a violação dos dados ocorra pela preterição de determinados deveres que oneram o responsável pelo tratamento, numa relação contratual firmada

⁷¹ A desvelação da ilicitude com base na segunda modalidade de ilicitude tem consequências dogmáticas de não pequena monta. De acordo com o pensamento de inúmeros juristas, a primeira repercussão se há-de encontrar logo ao nível da culpa. Sublinha Sinde Monteiro que “a culpa tem agora de se referir apenas à própria violação da norma e já não à violação dos bens jurídicos” – cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, 239. Christian von BAR, “Deliktsrecht, Empfiehlt es sich, die Voraussetzungen der Haftung für unerlaubte Handlungen mit Rücksicht auf die gewandelte Rechtswirklichkeit und die Entwicklungen in Rechtsprechung und Lehre neu zu ordnen? Wäre es insbesondere zweckmässig, die Grundtatbestände der § 823 Absätze 1 und 2, § 826 BGB zu erweitern oder zu ergänzen?”, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister der Justiz*, Bd. II, Bundesanzeiger Verlagsges, Köln, 1981, 1696, sustenta que, no caso de violação de uma norma de perigo abstrato, a culpa se limita à ofensa da norma e que há inversão do ónus da prova quanto a ela. Em sentido diverso, cf. Hans STOLL, *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Mohr, Tübingen, 1968, 22 e ss.

De notar, igualmente, que, de acordo com o modelo imputacional que tivemos oportunidade de delinear na nossa dissertação de doutoramento, no caso da primeira modalidade de ilicitude, desenha-se, em concreto, a partir da preterição de deveres de segurança no tráfego, onde se incluem deveres de cuidado (que, uma vez lesados, permitem desvelar a culpa), uma esfera de risco/responsabilidade que estará na base da imputação de um resultado ao agente. Ora, a culpa há-de referir-se a essa esfera de responsabilidade e não a todos os danos-eventos que surjam. Sobre o ponto, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Do nexo de causalidade*, 914 s., e *Lições de responsabilidade civil*, Principia Editora, Parede, 2017.

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

Cf. Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 265. *In fine*, tal antecipação teria consequências ao nível da causalidade. Prescindir-se-ia a este nível da ideia de adequação e da ideia de probabilidade que lhe anda associado. Como se compreenderá, a partir do momento em que defendemos justificadamente o afastamento da ideia de causalidade adequada de toda a construção ressarcitória, estas consequências terão necessariamente um impacto menor, até porque à mesma inversão do ónus da prova se consegue chegar a partir do momento em que se aceite o nexo de imputação por nós delineado. Cf. *Do nexo de causalidade ao nexo de imputação*, cap. X.

A mais-valia da segunda modalidade de ilicitude passa, aos nossos olhos, pelo facto de ser o legislador que, a priori, define os contornos da esfera de responsabilidade, ao impor uma conduta ou ao proibir outra.

⁷² O dado resultava inequívoco do artigo 34^o da lei de proteção de dados, nos termos do qual qualquer pessoa que tiver sofrido um prejuízo devido ao tratamento ilícito de dados ou a qualquer outro ato que viole disposições legais de proteção de dados pessoais tem direito de obter do responsável a reparação do prejuízo sofrido. Reproduz-se, assim, em matéria de proteção de dados a regra geral de duplicidade de modalidades de ilicitude ao nível extracontratual (descontado que seja o abuso do direito, enquanto modalidade autónoma).

entre ele e o titular daqueles. Ainda que o contrato não tenha como objeto essa proteção dos dados, a boa-fé pode impor determinados deveres de cuidado que, quando violados, geram responsabilidade contratual. O que se defende implica, como se perceberá, a adesão a duas teses: em primeiro lugar, implica a aceitação da ideia de concurso entre modalidades de responsabilidade civil, entendido enquanto concurso de fundamentos de uma mesma pretensão indemnizatória; em segundo lugar, implica a adesão à posição doutrinal segundo a qual a violação de deveres de conduta, porque reconduzidos ao núcleo da relação contratual, vista como uma relação obrigacional complexa, gera uma hipótese que é assimilada pela responsabilidade contratual⁷³.

Uma última nota para nos referirmos à responsabilidade do subcontratante: se esta pode ser vista, como referido, como uma hipótese de responsabilidade aquiliana, não menos seguro nos parece afirmar que é possível que em determinadas hipóteses seja, também, assimilada pela responsabilidade contratual. Com isto não nos queremos referir à eventual responsabilidade contratual que o responsável pelo tratamento dos dados, que com o titular destes haja celebrado um contrato, assuma para com este por via do artigo 800º CC⁷⁴. Referimo-nos antes a uma eventual responsabilidade do próprio subcontratante para com o titular dos dados. Para tanto, haverá que se configurar o contrato celebrado entre o responsável pelo tratamento dos dados e o subcontratante como um contrato com eficácia de proteção para terceiros⁷⁵. No âmbito de proteção do contrato incluir-se-iam alguns terceiros, que não poderiam exigir a prestação do devedor, mas se poderiam tornar credores de uma pretensão indemnizatória contra ele⁷⁶. Segundo Mota Pinto, “este círculo de terceiros não deverá ser imprevisível e abrange aquelas pessoas que, segundo a natureza da prestação, estão, duma forma em maior ou menor grau inevitável em contacto com ela, e que (...) estão de tal modo próximos do credor que este, em termos cognoscíveis pelo devedor, confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua”⁷⁷. Ora, parece-nos que, destinando-se o contrato celebrado entre o responsável pelos dados e o subcontratante do tratamento de dados de terceiros, o subcontratante (*processor*)

⁷³ Sobre estes pontos, com maior desenvolvimento e outras referências bibliográficas, cf. Mafalda Miranda BARBOSA, *Lições de responsabilidade civil*, 19 s. e 22 s.

⁷⁴ Tratando-se de responsabilidade extracontratual e havendo entre o responsável pelo tratamento e o subcontratante uma relação de comissão pode ser chamado a depor o regime do artigo 500º CC.

⁷⁵ Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra, Almedina, 2001, 617 s.; Sinde MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 518 a 535; C. A. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, Atlântida Editora, Coimbra, 1970, 419 a 426; Karl LARENZ, “Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik”, *JZ*, 1962, 105 s.; Carneiro da FRADA, , “Os deveres ditos acessórios e o arrendamento”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2013, 287.

⁷⁶ Cf. Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 422.

⁷⁷ Mota PINTO, *Cessão da posição contratual*, 423.

não poderá deixar de ter em conta que a sua prestação pode afetar particularmente os interesses desses terceiros, pelo que estes se devem integrar na esfera de proteção do contrato⁷⁸.

⁷⁸ A este propósito, importa referir que nos poderíamos deter na análise de outros problemas juridicamente relevantes em sede de responsabilidade civil. Assim, estando envolvidas, nos casos concretos, pessoas coletivas, poder-se-ia levantar o problema de uma eventual responsabilidade pelos atos dos seus funcionários e agentes. Tal responsabilidade seria regida pela disciplina estabelecida pelo artigo 500º CC, nas hipóteses de responsabilidade extracontratual, ou pela disciplina consagrada no artigo 800º CC, nos casos de responsabilidade contratual. Repare-se que, no que a estes se refere, deveremos excepcionar o regime da responsabilidade dos *processors*, sujeitos a um regime especial.

Mais se refira a figura dos encarregados do tratamento de dados, prevista nos artigos 38º e seguintes do Regulamento (UE) 2016/679. A especificidade resulta do facto de, nos termos do artigo 38º/3 do citado Regulamento o responsável pelo tratamento e o subcontratante assegurarem que o encarregado da proteção de dados não recebe instruções relativamente ao exercício das suas funções. Esta particularidade dita o afastamento, em relação a danos por eles causados, da possibilidade de o responsável pelos dados ser responsabilizado por via do artigo 500º CC.