



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES DA REDE POR
VIOLAÇÃO DE DIREITOS DE PERSONALIDADE**

HENRIQUE DE MOURA BESSA

Mestrado em Direito e Prática Jurídica em Direito Civil

Orientação do Professor Doutor Diogo Manuel Costa Gonçalves

LISBOA

2024

HENRIQUE DE MOURA BESSA

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES DA REDE POR VIOLAÇÃO
DE DIREITOS DE PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre no Mestrado em Direito e Prática Jurídica em Direito Civil, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação **do Senhor Professor Doutor Diogo Manuel Costa Gonçalves.**

LISBOA

2024

Agradecimentos

A nível pessoal, agradeço à família e amigos, pelo apoio e compreensão demonstrados nos momentos em que mais difícil foi conciliar as responsabilidades académicas com a minha vida pessoal. Em especial, àqueles que ativamente se envolveram neste importante momento académico.

A nível académico, um agradecimento muito especial ao Professor Doutor Diogo Costa Gonçalves pelo apoio e orientação no presente trabalho de dissertação. E também, pelos ensinamentos valiosos transmitidos ao longo do curso de Mestrado, que foram verdadeiramente inspiradores e contribuíram significativamente para o meu crescimento académico e pessoal.

Não posso deixar de expressar a minha gratidão a todos os docentes e funcionários da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, cujos contributos foram essenciais para o meu desenvolvimento educacional e formativo.

Agradeço ainda a todos os que de alguma forma contribuíram para o meu percurso académico e pessoal.

Resumo

Esta dissertação tem como objetivo a determinação da responsabilidade civil do gestor da rede por violação de direitos de personalidade.

Para tanto, será necessário determinar o gestor da rede como responsável da plataforma virtual, que permite a difusão de conteúdos através da internet, por recurso à regulamentação legal, consagrada no Regulamento dos Serviços Digitais.

Sendo que as violações dos direitos de personalidade através da internet, ocorrem pela difusão das informações pessoais, através dessa estrutura, informação essa, que corresponde a dados pessoais, dedicar-nos-emos ao estudo dessa tutela, que se encontra consagrada no Regulamento Geral da Proteção de Dados.

Nesse sentido, definiremos os dados pessoais como a representação mecânico-digital de direito de personalidade representável, formulação pela qual, evidenciaremos a relação de inerência entre os dados pessoais e os direitos de personalidade.

Essa concretização demonstra-se fundamental para a correspondente determinação do regime de responsabilidade civil a aplicar, que faremos, articulando as disposições de responsabilidade civil consagradas no Regulamento dos Serviços Digitais, no Regulamento Geral da Proteção de Dados e no Código Civil.

Palavras-chave:

Gestor de rede; responsável pelo tratamento; direito da proteção de dados pessoais; direitos de personalidade; responsabilidade civil.

Abstract

The aim of this dissertation is to determine the civil liability of the network manager for violation of personality rights.

To this end, it will be necessary to determine the network manager as the person responsible for the virtual platform that allows content to be disseminated over the internet, using the legal dispositions enshrined in the Digital Services Regulations.

Since violations of personality rights via the internet occur through the dissemination of personal information using this structure, information that corresponds to personal data, we will dedicate ourselves to studying this protection, which is enshrined in the General Data Protection Regulation.

In this sense, we will define personal data as the mechanical-digital representation of a representable personality right, a formulation by which we will highlight the inherent relationship between personal data and personality rights.

This is essential for determining the civil liability regime to be applied, which we will do by combining the civil liability provisions enshrined in the Digital Services Regulation, the General Data Protection Regulation and the Civil Code.

Keywords:

Network manager; data controller; personal data protection law; personality rights; civil liability.

Siglas e abreviaturas

A., AA.	-	Autor, autores
AAFDL	-	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AA.VV.	-	Autores vários
Ac.	-	Acórdão
bibl.	-	Bibliografia
cap.	-	Capítulo
CC	-	Código Civil
CEDH	-	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CDFUE	-	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
cf.	-	Confira, confronte
cit., cits.	-	Citado, citada, etc., cita-se; citação, citações
CPC	-	Código de Processo Civil
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
DUDH	-	Declaração Universal dos Direitos Humanos
ed., eds.	-	Edição, edições; editora, editoras
<i>e. g.</i>	-	<i>exempli gratia</i> (por exemplo)
EUA	-	Estados Unidos da América
<i>et al.</i>	-	<i>et alii</i> (e outros)
FDUL	-	Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
<i>i. e.</i>	-	<i>id est</i> (isto é)
LERGPD	-	Lei de Execução interna do RGPD
n.	-	Nota
n.º, n.ºs	-	Número, números
n. m., ns. ms.	-	Número marginal, números marginais
n. p.	-	Não publicada(o)
org.	-	Organizador, organização
p., pp.	-	Página, páginas
parág.	-	Parágrafo
reimp.	-	Reimpressão
rev.	-	Revisão, revista
RFDUL	-	<i>Revista da FDUL</i>
s., ss.	-	Seguinte, seguintes
s. d.	-	Sem data
séc.	-	Século
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
t., ts.	-	Tomo, tomos
TC	-	Tribunal Constitucional
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TFUE	-	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TIJ	-	Tribunal Internacional de Justiça
TJ	-	Tribunal de Justiça
TJUE	-	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	-	Tratado da União Europeia
U.E.	-	União Europeia
<i>v. g.</i>	-	<i>verbi gratia</i> (por exemplo)

Índice

Indicações de Leitura	6
Introdução.....	7
I. Delimitação do Tema.....	9
II. A determinação do Direito a aplicar.....	11
III. As tutelas no direito interno	15
1. O Direito da Proteção de Dados	15
1.1. O Direito Fundamental da proteção de dados pessoais.....	18
1.2. RGPD	22
1.3. Regulamento dos Serviços Digitais.....	37
2. Os Direitos de Personalidade	39
2.1. O fundamento antropológico da Persona.....	41
2.2. O conceito Persona	43
2.3. A tutela da Personalidade	44
2.4. Limitação voluntária dos direitos de personalidade	52
2.4. Relação entre os direitos de personalidade e o direito à proteção dos dados pessoais.....	56
IV. Responsabilidade Civil	58
1. Origem e evolução	60
2. Modelo híbrido consagrado no Código Civil Vigente.....	64
3. O Instituto da responsabilidade civil	65
3.1. O escopo da Responsabilidade civil	67
3.2. Sistema de pressupostos	68
4. Pressupostos da Responsabilidade Civil.....	69
4.1. O facto imputável	69

4.2.	A ilicitude	72
4.3.	A culpa.....	73
4.4.	O dano	76
4.5.	O nexo de Causalidade	77
5.	Concurso	80
6.	Responsabilidade civil do RGPG	82
7.	Os limites da Responsabilidade civil por violação dos direitos de personalidade.....	87
V.	Aplicação do Método do Caso	90
1.	Casos Típicos.....	90
1.1.	Particular-Particular.....	90
1.2.	Particular-Profissional	94
2.	Caso acórdão.....	96
2.1.	Factualidade.....	96
2.2.	Na 1.ª instância	96
2.3.	No Recurso	97
2.4.	Análise crítica.....	98
	Conclusão	101
	Bibliografia.....	104

Indicações de Leitura

- A presente dissertação encontra-se redigida ao abrigo das normas do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, atualmente em vigor.
- Ao abrigo da Resolução da Assembleia da República n.º 39/2013, de 3 de abril, é recomendada a todas as entidades públicas e privadas a adoção dessa expressão universalista para referenciar os direitos humanos. Dessa forma, substituiu-se a expressão “Direitos do Homem” pela expressão “Direitos Humanos”. Adotando esta recomendação, referir-nos-emos à Convenção Europeia dos Direitos do Homem como Convenção Europeia dos Direitos Humanos e ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, consideração que se aplicará a todos os outros instrumentos ou órgãos referidos que se incluam no escopo da recomendação.
- A tradução portuguesa da CEDH considerada é a versão oficial, disponível no site do Tribunal: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/convention>.
- As transcrições são reproduzidas na língua original, exceto quando expressamente referido que se trata de uma tradução nossa.
- As decisões e acórdãos do TEDH são identificadas pelo nome do caso, Estado demandado, formação judicial que o proferiu, e data, e foram todas consultadas na base de dados de jurisprudência do Tribunal acessível através do link: <http://hudoc.echr.coe.int/eng>.
- Os acórdãos dos tribunais portugueses são identificados pelo tribunal, número do acórdão (no caso dos acórdãos do Tribunal Constitucional), formação que o proferiu, data, número de processo, e nome do relator, e foram todas consultadas no site oficial do IGFEJ – Instituto de Gestão Financeira e Equipamentos de Justiça, I.P., acessível através do link: <http://www.dgsi.pt>, e, no caso dos acórdãos do Tribunal Constitucional, no site deste tribunal, acessível através do link: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.
- Com exceção da primeira referência de cada obra, todas as restantes citações da mesma obra são feitas apenas por referência ao autor e ao título da obra abreviado.

Introdução

Na presente dissertação será analisada a responsabilidade civil dos gestores da rede por violação dos direitos de personalidade, tema atual e pertinente, fruto da universalização do tráfego e das relações através da internet.

O gestor de rede possibilita o tráfego de informação através da internet, configurando-se estas situações como potencialmente plurilocalizadas, pelo que, iniciaremos por identificar as situações jurídicas nas quais a *lex decidendi* é a Lei Portuguesa, referindo sucintamente os constrangimentos detetados nesta sede, que, não sendo o foco central desta dissertação, mostram-se relevantes para melhor compreender a complexidade do tema.

Considerando que a análise incide sobre a determinação da responsabilidade civil dos gestores da rede por violação de direitos de personalidade, importará referir a regulamentação legal específica destes agentes e ulterior subsunção às normas de responsabilidade civil.

Contudo, teremos de ter presente, que as possíveis agressões aos direitos de personalidade que ocorrem pelo tráfego de informação através da internet, ocorrem por meio da violação de dados pessoais.

Estando em causa dados pessoais, importará, determinar o âmbito de aplicação do Regulamento Geral da Proteção de Dados, adiante designado por RGPD, por forma a determinar quais as situações que estão sujeitas à tutela da proteção dos dados pessoais, *máxime* o instituto de responsabilidade civil ali consagrado.

Após efetuadas a análise da determinação da lei aplicável de acordo com o Direito Internacional Privado, e a determinação do âmbito e aplicação do RGPD, caberá determinar de que forma, este articula com as normas constantes no Código Civil.

A articulação dos referidos normativos, irá deter-nos em várias considerações, nomeadamente quanto à natureza do direito à proteção de dados pessoais, e a sua relação de inerência relativamente aos direitos de personalidade, e ainda à relação de complementaridade do mecanismo de responsabilidade, previsto no RGPD, face à responsabilidade civil consagrada no Código Civil.

Por fim, usaremos o método do caso, onde demonstraremos a aplicabilidade das conclusões alcançadas, onde fica plasmada a complementaridade do RGPD face ao CC, bem como, a pertinência da sua aplicação conjunta nas situações em que aqui nos focamos.

I. Delimitação do Tema

A presente dissertação foi elaborada com vista à conclusão do Mestrado em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob o tema, a responsabilidade civil dos gestores da rede por violação de direitos de personalidade.

O referido tema foi selecionado pela ambição de alcançar a necessária determinação da responsabilidade civil dos gestores de rede, cuja problemática resulta, à semelhança de outras¹, da necessidade de encontrar soluções jurídicas pelo surgimento de novas situações fáticas para as quais o direito vigente não foi originalmente consagrado.

Em concreto, aqui procuraremos determinar se o direito vigente consagra normas de imputação de responsabilidade civil aos gestores de rede, nas situações de violação de direitos de personalidade que ocorrem pela divulgação de conteúdos nas respetivas plataformas. Estes gestores de rede podem ser definidos, de forma genérica, como os responsáveis pelas plataformas que permitem a difusão de conteúdos pela internet.

Estas plataformas são recentes, tendo surgido pela difusão da internet, bem descrevendo Menezes Leitão, que a “difusão da internet nos últimos anos correspondeu praticamente a uma revolução na história da humanidade, tal o seu crescimento meteórico e rápida difusão”².

Palpável é a pertinência e oportunidade do tema, uma vez que se trata de uma situação cada vez mais frequente, pela constante utilização de dispositivos que permitem a captação de informações e conteúdos, relativos às pessoas, e a sua difusão pela internet através das plataformas disponibilizadas pelos respetivos gestores.

Demonstrando esta pertinência, questionemos: se uma pessoa divulgar a fotografia de um terceiro sem autorização, poderá ser responsabilizada? Genericamente, responderíamos que sim. E quanto ao gestor da rede em que essa fotografia foi divulgada? Pode este ser responsabilizado? Como se pode intuir, não se trata de uma resposta simples, ou direta, pelo que, uma resposta afirmativa, importará a sua determinação fundamentada.

¹ A esse respeito veja-se, por exemplo, Sofia de Vasconcelos Casimiro, A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet, Almedina 2000; e João Pedro Fachana Cardoso Moreira da Costa, A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet: Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores, Almedina, 2012.

² Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, Responsabilidade Civil na Internet, artigo disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B034a6b68-6f5e-4eb9-b57b-06a413387077%7D.pdf>, cit., pág. 172.

Como veremos, a determinação da imputação da responsabilidade civil ao gestor da rede chama à colação, de uma forma genérica, a tutela da *persona* e o instituto da responsabilidade civil.

Ademais, sabendo que o Regulamento Geral da Proteção de Dados vigora no ordenamento jurídico português, por força do primado da União Europeia, e que o seu âmbito de aplicação material se vislumbra concorrente, imperativo se torna determinar a sua articulação no seio do ordenamento jurídico nacional.

A tutela de proteção dos dados pessoais, como também veremos, coloca vários desafios dogmáticos, nomeadamente, a sua aptidão para tutelar bens de personalidade, questão determinante na compreensão e aplicação desse Regulamento Europeu. Não podemos, no entanto, desatender ao facto de que qualquer litígio que ocorra através da internet será potencialmente plurilocalizado, impondo a aplicação das normas de conflitos do Direito Internacional Privado, por onde iniciaremos a análise.

Metodologicamente, refletiremos sobre todas as questões enunciadas de modo a concluirmos testando a posição defendida, aplicando o método do caso a duas situações típicas, a primeira, em que a situação fática originária ocorre entre dois particulares, que identificamos como caso Particular-Particular, e a segunda, em que a situação originária ocorre entre um particular e um profissional, que indicaremos como Particular-Profissional, que desde já enunciamos:

Caso Particular-Particular:

A convida B, seu amigo, para um jantar na sua habitação. No fim do jantar, B usa o seu smartphone para capturar uma fotografia de A a ingerir bebidas alcoólicas. No dia seguinte, sem que A saiba, B publica na plataforma C a referida fotografia, com a descrição “A não sabe quando parar”.

Caso Particular-Profissional:

A, modelo fotográfico, celebra com B, agência de modelos, um negócio limitativo da personalidade. O negócio limitativo tem como objeto a imagem de A, com o fim de B agenciar A, divulgando a sua imagem por potenciais clientes. B fazendo uso da imagem de A, efetua uma campanha publicitária com recurso à plataforma C.

II. A determinação do Direito a aplicar

Estando em causa nesta dissertação a responsabilidade civil dos gestores de redes, resultante da violação de direitos por meio de serviços disponibilizados na internet, em situações jurídicas potencialmente plurilocalizadas, é às normas de Direito Internacional Privado que cabe dar resposta aos conflitos aí gerados.

Podemos afirmar que o Direito Internacional Privado surgiu pela necessidade de determinar a lei a aplicar nos litígios plurilocalizados, situações essas, cada vez mais frequentes fruto da globalização, que ocorreu em grande medida pela evolução das infraestruturas de transportes por um lado, e como vimos, pelos exponenciais avanços tecnológicos, nomeadamente a internet³.

Embora os ordenamentos internos dos Estados-Membros prevejam regras de conflitos que permitem a determinação da lei a aplicar, foram aprovados Regulamentos que visam determinar a lei a aplicar nos conflitos plurilocalizados, com vista à harmonia dos casos julgados.

São disso exemplo, quanto às situações de responsabilidade civil, o Regulamento Roma I⁴, que visa regular as situações de responsabilidade contratual e o Regulamento Roma II⁵, que visa regular as situações de responsabilidade extracontratual, bem como, relativamente à competência judiciária, a Convenção de Bruxelas⁶ e o Regulamento (CE) n.º 1215/2012⁷.

Embora o âmbito de aplicação dos regulamentos se encontre definido, no artigo 1.º dos respetivos diplomas, o Tribunal Judicial da União Europeia, adiante designado por TJUE,

³ Elsa Dias de Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, pág. 21.

⁴ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais.

⁵ Regulamento (CE) n.º 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007 relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais.

⁶ Convenção relativa à Competência Jurisdicional e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial.

⁷ Regulamento (UE) n.º 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de dezembro de 2012 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial que revogou o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho - relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial.

pronunciou-se quanto à interpretação do âmbito de aplicação, nomeadamente no acórdão *Tacconi*⁸.

Neste acórdão o TJUE concretiza os conceitos de responsabilidade contratual e extracontratual, no âmbito da Convenção de Bruxelas e do Regulamento (CE) n.º 44/200, entendendo o conceito de matéria extracontratual, como aquele que, “(...) abrange qualquer ação que tenha em vista pôr em causa a responsabilidade do requerido e que não esteja relacionada com a «matéria contratual» (...)”⁹ e o conceito de matéria contratual, compreende as situações em que “(...) não exija a celebração de um contrato, é, contudo, indispensável a identificação de uma obrigação para a aplicação desta disposição (...)”¹⁰ sendo que “(...), não pode ser entendido como abrangendo uma situação em que não existe nenhum compromisso livremente assumido por uma parte perante a outra (...)”¹¹.

A Jurisprudência do TJUE é relevante para a concretização destes conceitos, não só na decisão do caso concreto, mas também para aplicação nos casos posteriores, bem como, nas orientações seguidas na produção legislativa da União¹².

Relativamente à determinação da responsabilidade obrigacional não nos deixa dúvidas a aplicação do Regulamento Roma I.

Contudo, relativamente à determinação da *lex decidendi* nos casos de violação de direitos de personalidade, encontra-se excluída a aplicação do Regulamento Roma II, nos termos da alínea g) do n.º 2 do seu artigo 1.º, pese embora a definição consagrada pelo TJUE.

Como ensina Elsa Dias Oliveira¹³, nos trabalhos preparatórios do Regulamento Roma II estava prevista a sua inclusão no âmbito, tendo no seu processo legislativo sido abandonada devido, fundamentalmente, à oposição dos meios de comunicação social, com argumento na incerteza da lei que lhes seria aplicável, justificando que seria imprevisível a determinação do direito a aplicar a cada situação, entre as quais, os direitos de personalidade das pessoas visadas nas notícias.

⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de setembro de 2002, processo C-334/00.

⁹ Ponto 21 do acórdão *Tacconi*.

¹⁰ Ponto 22 do acórdão *Tacconi*.

¹¹ Ponto 23 do acórdão *Tacconi*.

¹² Elsa Dias de Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, cit., pág. 223.

¹³ Elsa Dias de Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, Cit., págs. 224 ss..

Assim, o Regulamento Roma II regula a responsabilidade extracontratual por violação de direitos de personalidade, nomeadamente, quanto às ofensas à integridade física provocadas por acidente de viação, não se mostrando competente, no entanto, para a matéria aqui discorrida, que incidirá maioritariamente sobre o direito à imagem, à reserva da vida privada e à honra. Este Regulamento, tampouco se aplica às violações de dados pessoais, nos termos do RGPD, dado a relação dos dados com os direitos de personalidade¹⁴.

Aqui chegados, podemos afirmar que a lei aplicável no caso dos conflitos plurilocalizados, será determinada nos termos do artigo 45.º do Código Civil, havendo necessidade de determinar a existência, o conteúdo e a titularidade dos direitos de personalidade, sendo, por isso, uma situação de direito dos conflitos a ser solucionada enquanto questão prévia.

São pressupostos da questão prévia “(...) a) a regulação de uma situação privada internacional; b) que a lei aplicável à situação principal seja uma lei estrangeira; c) que o Direito de conflitos do foro regule autonomamente a questão prévia; d) que o Direito de conflitos da *lex fori* e o Direito de conflitos da lei que regula a questão principal prevejam regras de conflitos divergentes no que concerne à questão prévia e, e) que as leis designadas pelas normas de conflitos da *lex fori* e da lei que regula a questão principal, determinem quanto à questão prévia, soluções materialmente diferentes (...)”¹⁵.

Na presente questão seguimos os ensinamentos de Elsa Dias de Oliveira¹⁶, sendo de adotar a conexão autónoma para solucionar a questão prévia, aplicando-se a norma de conflito do foro na fixação da lei que regula a questão prejudicial, garantindo-se a harmonia interna.

Assim, no âmbito do presente trabalho, importa defender a aplicação do instituto da responsabilidade civil delitual nacional, relevando para a determinação da existência, conteúdo e titularidade dos direitos de personalidade, a lei determinada pelas regras de conflitos internas.

¹⁴ Luís de Lima Pinheiro, *Direito da Internet*, AAFDL Editora, 2024, págs. 317 e 318.

¹⁵ Elsa Dias de Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, pág. 247.

¹⁶ Elsa Dias de Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, pág. 254.

Feito este necessário enquadramento, centrar-nos-emos nas situações em que é competente o ordenamento jurídico interno, tanto na aplicação como na determinação da existência, conteúdo e titularidade dos direitos de personalidade.

III. As tutelas no direito interno

Sendo aqui o foco, como vimos, a responsabilidade civil dos gestores da rede por violação de direitos de personalidade, estaremos, assim, perante uma realidade que se consubstancia através da internet e, por isso, por via de meios digitais.

Na busca de uma posição fundamentada que dê resposta a essa realidade, necessitaremos de analisar o instituto de responsabilidade civil, a tutela dos direitos de personalidade e atendendo aos meios envolvidos, será de convocar o direito à proteção de dados pessoais na resolução desses litígios.

Atendendo que no direito de proteção de dados pessoais é estipulado um mecanismo de responsabilidade civil, importará ainda determinar, com o pormenor necessário, o âmbito e medida dessa aplicação.

Começaremos por nos debruçar sobre o direito da proteção de dados, almejando alcançar uma solução harmoniosa atendendo aos bens jurídicos em causa e ao seu âmbito de aplicação, dedicando-nos posteriormente aos restantes institutos.

1. O Direito da Proteção de Dados

Conforme visto anteriormente, o surgimento da internet colocou vários desafios jurídicos, pelas novas possibilidades de comunicação e tráfego de informação, promovendo reações legislativas.

O percurso Legislativo do Direito da Proteção de Dados inicia-se nos Estados Unidos da América (EUA) em 1965, quando os avanços tecnológicos passaram a permitir o tratamento de dados de forma automatizada¹⁷, dando origem ao primeiro diploma legal, *Fair Credit Reporting Act*, promulgado em 1970.

¹⁷ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados: À luz do RGPD e da lei n.º 58/2019*, Almedina, 2022, Reimpressão, Cit., pág. 53.

Na Europa, o Direito da Proteção de Dados deu os primeiros passos na Alemanha, em diplomas aprovados em estados federados em 1970 e, a nível da federação, em 1978 e na Suécia em 1973.

Na década de 80 surgem as *Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, da OCDE, de 23 de setembro de 1980 e a *Convenção para a proteção de pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados com carácter pessoal*¹⁸, que consolidaram o Direito da Proteção de Dados e os conceitos dominantes, visando garantir, essencialmente, o respeito pela vida privada das pessoas singulares face ao tratamento automatizado dos dados de carácter pessoal¹⁹.

Nestes documentos encontram-se “senão a sua origem, certamente as suas bases mais sólidas”²⁰, nomeadamente quanto aos conceitos de dado pessoal, transversalidade, licitude, lealdade, limitação das finalidades e minimização dos danos.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa²¹ foi unificado o tratamento do Direito da Proteção de Dados, uma vez que foi abandonada a estrutura de pilares, que dividia a referida matéria entre o primeiro e terceiro pilares, correspondendo à proteção de dados para fins privados e comerciais, com a utilização do método comunitário e à proteção de dados para efeitos de aplicação da lei intergovernamentalmente, respetivamente.

A norma que consagra a competência legislativa Europeia em matéria de Proteção de Dados Pessoais foi prevista no artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que consagra, no seu n.º 1, o direito à proteção dos dados pessoais, e no seu n.º 2 a competência legislativa do Parlamento Europeu e do Conselho para a elaboração, das *normas relativas à proteção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, órgãos e organismos da União, bem como pelos Estados-Membros no exercício de atividades relativas à aplicação do direito da União, e à livre circulação desses dados*.

¹⁸ Convenção 108 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, de 28 de janeiro de 1981, retificada por Portugal a 9 de julho de 1993 pelo Decreto do Presidente da República n.º 21/93 após a Resolução da assembleia da República n.º 23/93, de 12 de maio.

¹⁹ Proteção dos dados pessoais, Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2024, disponível em https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf.

²⁰ A. Barreto Menezes Cordeiro, Direito da Proteção de Dados, Cit., pág. 67.

²¹ Tratado de Lisboa, que alterou o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (2007/C 306/01).

Os instrumentos normativos da União Europeia relativamente ao Direito de Proteção de Dados são vastos e com evolução contemporânea notória, relevando, nesta sede, o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados²² e o Regulamento dos Serviços Digitais²³. Estes diplomas visam conformar o Direito Fundamental da proteção de dados pessoais consagrado no artigo 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (adiante designada por CDFUE)²⁴.

Cabe, assim, referir que o objetivo uniformizador²⁵ do direito da União Europeia, visa assegurar igual tutela a todos os cidadãos da União, sendo que, no caso do ordenamento jurídico Português, esses direitos fundamentais encontravam-se já previstos no texto Constitucional²⁶, desde logo pelo seu artigo 1.º, que consagra a Dignidade da Pessoa Humana, e ainda, através da sua concretização no artigo 26.º, onde é consagrado o direito *à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação*.

No âmbito de competência legislativa da UE foi aprovado o RGPD, com génese na Diretiva 95/46/CE²⁷, que tem como objeto, nos termos do n.º 1 do artigo 1.º do Regulamento, estabelecer *as regras relativas à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*, e como objetivo, nos termos dos n.ºs 2 e 3, do mesmo artigo, i) *defender os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção dos dados pessoais*, e ii) *assegurar que a livre circulação de dados pessoais não é restringida nem proibida por motivos relacionados com a proteção das pessoas singulares no que respeita ao tratamento de dados pessoais*.

Já o Regulamento dos Serviços Digitais, que regula a atividade dos gestores de rede, visa regular a atividade dos serviços intermediários prestados na internet, estabelecendo as

²² Regulamento (UE) n.º 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016.

²³ Regulamento (UE) n.º 2022/2065 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de outubro de 2022 relativo a um mercado único para os serviços digitais, que altera a Diretiva 2000/31/CE.

²⁴ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2016/C 202/02).

²⁵ No mesmo sentido, Luís de Lima Pinheiro, Direito da Internet, pág. 291 e ss..

²⁶ Constituição da República Portuguesa, aprovada pelo Decreto de Aprovação da Constituição, de 10 de abril.

²⁷ Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

regras da prestação, promovendo assim a proteção dos Direitos Fundamentais consagrados na CDFUE e o princípio da defesa do consumidor.

1.1. O Direito Fundamental da proteção de dados pessoais

Conforme acima referido, o direito fundamental da proteção de dados pessoais foi consagrado no artigo 8.º da CDFUE, prevendo que *Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.*

Devemos, assim, entender que a consagração do Direito da proteção de dados pessoais, visa não só, mas em grande medida, a proteção dos direitos fundamentais de personalidade, consagrados na CDFUE, na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)²⁸ e na CRP²⁹, conforme previsto no artigo 2.º e 6.º do TUE.

São os direitos fundamentais “os direitos das pessoas perante o estado e assentes na Constituição ou Lei Fundamental”³⁰, e mais do que isso, a “densificação do sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias”³¹ resulta de uma “base antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de direito”³², resultante, do artigo 1.º da CRP, atendendo que *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana (...)* e do artigo 2.º do diploma constitucional, que determina que *A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado (...), no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais(...).*

Pode-se também definir direitos fundamentais como posições jurídicas fundamentais do homem³³ diretamente relacionadas com a sua natureza e personalidade, com base no “postulado primordial do respeito da pessoa humana”³⁴.

²⁸ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Roma, de 04 de novembro de 1950.

²⁹ A. Barreto Menezes Cordeiro, Revista de Direito Civil, Direitos de personalidade e dados pessoais: o que sobra para o Código Civil?, 45 - 63, Year VIII (2023), Number 1, pág. 46.

³⁰ Jorge Miranda, Direitos Fundamentais, Almedina, 2022, 3.ª Edição, revista e atualizada, cit., pág. 7.

³¹ José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e teoria da Constituição, 2003, 7.ª Edição, cit., pág. 248.

³² José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e teoria da Constituição, cit., pág. 248.

³³ Desenvolvido por Jorge Miranda, Direitos Fundamentais, págs. 82 e ss.

³⁴ Jorge Miranda, Direitos Fundamentais, cit., pág., 85.

Como ensina Gomes Canotilho³⁵, os direitos fundamentais são estudados enquanto “direitos jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”³⁶, i.e., a positivação na Constituição dos direitos naturais e inalienáveis do ser humano.

Por sua vez, essa positivação, resulta na constitucionalização dos referidos direitos naturais, consagrando-os enquanto “normas formalmente básicas” que vinculam o legislador ordinário.

Os direitos fundamentais podem ser distinguidos entre direitos formalmente constitucionais, aqueles que se encontram positivados na CRP, e direitos materialmente fundamentais, nomeadamente o direito fundamental da proteção de dados pessoais, consagrado no artigo 8.º da CDFUE, por aplicação do n.º 1 do artigo 16.º da CRP, que configura uma “cláusula aberta”³⁷ ao admitir direitos fundamentais consagrados em normas de direito internacional.

Aqui, cogitamos caracterizar o direito fundamental da proteção de dados pessoais, nos termos adotados na CDFUE, impondo-se para essa caracterização a conjunção entre a referida norma, prevista na CDFUE, e o direito fundamental que se encontra formalmente consagrado no artigo 35.º da CRP, sob a epígrafe *utilização informática*, sendo ainda definido por “Direito à Informática”³⁸, conjunto este a que nos referiremos como direito à proteção de dados pessoais.

O direito à proteção de dados pessoais encontra-se positivado no Capítulo I da CRP, sob a epígrafe *direitos, liberdades e garantias*, que, para além da sua relevância sistemática, é “uma das classificações mais importantes do ponto de vista jurídico-constitucional”³⁹.

A relevância desta categoria de direitos fundamentais assenta na configuração de “um regime jurídico-constitucional especial, materialmente caracterizador”⁴⁰, servindo como parâmetro material aos direitos fundamentais análogos, nos termos do artigo 17.º da CRP, atribuindo-se “uma força vinculante e uma densidade aplicativa que apontam para um reforço de «mais-valia» normativa destes preceitos relativamente a outras normas da CRP, incluindo-se aqui as normas referentes a outros direitos fundamentais”⁴¹.

³⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, págs. 377 ss.

³⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., pág. 377.

³⁷ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit. Pág. 404.

³⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., pág. 399.

³⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., pág. 398.

⁴⁰ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., pág. 398.

⁴¹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., pág. 398.

Estes direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa, que no plano jurídico-objetivo se caracterizam como normas de competência negativa do poder público e, no plano jurídico-subjetivo, como normas consagradoras de direitos subjetivos, segundo a “tese do individualismo”⁴², permitindo o exercício dos mesmos e exigindo a omissão da sua violação pelo poder público.

Além da função suprarreferida, este direito fundamental tem também a função de proteção perante terceiros, que resulta, por sua vez, na obrigação do Estado conformar este direito fundamental, através da intervenção legislativa⁴³.

Uma vez efetuada uma caracterização síntese do direito fundamental à proteção de dados pessoais, é relevante determinar o alcance dos direitos subjetivos em questão, justificando a análise da relação intrínseca deste direito fundamental com os demais.

Deste modo, será de determinar que a proteção contra terceiros, ocorre com a conformação do direito fundamental, e desse modo, pela concretização do direito subjetivo dos dados pessoais, correspondendo a uma “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”⁴⁴.

Assim, e sem prejuízo da definição de dados pessoais que posteriormente veremos com o detalhe adequado, avançamos que o direito da proteção de dados pessoais depende de uma representação mecânico-digital do ser humano (dados pessoais) e, nesses moldes, fácil é configurar que uma violação do dado acarretará potencialmente a violação de um outro direito fundamental, *maxime* a dignidade da pessoa humana, provocando uma “relação de tensão com vários direitos, liberdades e garantias”⁴⁵.

Atendendo ao fim que aqui se aspira alcançar, abordaremos as situações aptas a gerar responsabilidade civil pela violação dos dados pessoais, abandonando as situações aptas a gerar ilícitos de mera ordenação social.

Face ao exposto, nas situações em que a conduta de um responsável pelo tratamento de dados pessoais viole, em simultâneo, o direito à proteção dos dados pessoais e outros direitos fundamentais, concorrerão para a solução, todos os direitos fundamentais em

⁴² José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., pág. 1257.

⁴³ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, págs. 1261 ss.

⁴⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil I*, 4.^a ed., cit., pág. 893.

⁴⁵ J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Artigos 1º a 107º, 2007, cit. pág. 551.

causa. Por sua vez, a concorrência de direitos fundamentais ocorre pelas “ingerências necessárias à protecção de outros bens constitucionais”⁴⁶.

Conforme proposto, teremos em vista entender a relação entre o direito da protecção de dados e os direitos de personalidade.

Como referiu Jorge Miranda, “Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito civil”⁴⁷, consagrados nos artigos 70.º e seguintes do Código Civil. Por sua vez, o direito fundamental à protecção dos dados pessoais encontra-se conformado pelo RGPD, conforme veremos em sede própria.

Deste modo, como vimos, o direito da protecção de dados ingere-se no âmbito de outros direitos fundamentais para promover a sua protecção, ou seja, ocorrendo a violação de um direito de personalidade, mediante a violação de dados pessoais, cujo conteúdo se refere à personalidade, o direito da protecção de dados é chamado a promover a sua protecção.

Com efeito, poder-se-á afirmar, de uma forma ampla, que existe uma relação de inerência, entre os dados pessoais e o direito de personalidade violado, exigindo por isso uma tutela não só do direito de protecção dos dados pessoais, mas também dos direitos de personalidade, aos quais os dados pessoais são inerentes.

Assim será, uma vez que não se configura a existência de danos na esfera jurídica do titular por violação de dados, sem que se configure danos pela correspondente agressão de um direito de personalidade.

Embora aqui se faça o paralelo entre o direito da protecção de dados pessoais e os direitos de personalidade, o mesmo é válido para qualquer outro direito, uma vez que segundo o princípio *casum sentit dominus*, a imputação de danos à esfera jurídica do lesante depende de uma norma de imputação e, a violação de uma norma de protecção de dados pessoais que não provoque danos por violação de um outro direito, será unicamente apta a gerar responsabilidade por ilícito de mera ordenação social, mas, não será apta a gerar responsabilidade civil.

⁴⁶ J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, cit. pág. 551.

⁴⁷ Jorge Miranda, Direitos Fundamentais, cit., pág., 85.

1.2. RGPD

Conforme referido, o objetivo que aqui se cogita alcançar é a determinação da responsabilidade civil dos atores envolvidos na violação dos direitos de personalidade, e para tanto, é imperativo determinar o âmbito de aplicação do RGPD, atendendo a que esse diploma prevê, no seu artigo 82.º, um mecanismo de responsabilidade civil.

Uma vez que a determinação da aplicação do direito interno, pela aplicação das normas de direito internacional privado, importa a aplicação do RGPD, porquanto se trata de um Regulamento da UE, tendo, por isso, aplicação direta no ordenamento interno, quando preenchido o seu âmbito de aplicação material.

Sobre este tema, recentemente se pronunciou Barreto Menezes Cordeiro⁴⁸, defendendo que as “ofensas a direitos de personalidade são reguladas pelo RGPD”⁴⁹, com exceção dos direitos de personalidade insuscetíveis de qualificação como dados pessoais, nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento, por não admitirem ser “contidos em ficheiros ou a eles destinados”⁵⁰, ou nas situações cujos dados são fruto de atividade exclusivamente pessoal ou doméstica, nos termos da alínea c), do n.º 1 do artigo 2.º do mesmo normativo.

Sem prejuízo do referido, defende que não é admitido o concurso das tutelas em foco, cabendo ao ofendido decidir o mecanismo de reação a aplicar pelo julgador, uma vez que o RGPD não assume uma relação de lei especial face ao CC, porquanto não visa a proteção dos mesmos bens jurídicos.

O referido autor defende a posição suprarreferida com base no “conceito amplíssimo de dado pessoal”⁵¹ e no “extenso âmbito de aplicação material do RGPD”⁵².

⁴⁸ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados* e A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direitos de personalidade e dados pessoais*.

⁴⁹ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direitos de personalidade e dados pessoais*, cit., pág. 63.

⁵⁰ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit., pág. 86.

⁵¹ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direitos de personalidade e dados pessoais*, cit., pág. 63.

⁵² A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direitos de personalidade e dados pessoais*, cit., pág. 63.

1.2.1. Âmbito de aplicação material

De modo a compreender melhor a posição defendida pelo autor, é importante mencionar os diversos argumentos de ordem que o levaram às conclusões referidas, o que nos irá permitir adotar uma posição mais esclarecida e fundamentada.

Na sua análise o autor tem como ponto de partida o escopo do Direito da Proteção de Dados, tal como positivado nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE, que, conforme tivemos oportunidade de ver, reconheceu o Direito à Proteção de Dados como direito fundamental.

Refere, ainda, o papel relevante da jurisprudência do TJUE, que evidência a importância do direito da proteção de dados para a tutela do direito de reserva da vida privada, assumindo tratar-se de “uma manifestação ou um prolongamento do direito ao respeito da vida privada”⁵³.

O âmbito de aplicação material do RGPD, encontra-se previsto no seu artigo 2.º, cuja estatuição refere que, *O presente regulamento aplica-se ao tratamento de dados pessoais por meios total ou parcialmente automatizados, bem como ao tratamento por meios não automatizados de dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados.*

Nesse sentido, Barreto Menezes Cordeiro, define a expressão tratamento de dados total ou parcialmente automatizados, como as “operações que não tenham intervenção humana ou que tenham uma intervenção humana circunscrita”⁵⁴, e a expressão tratamento por meios não automatizados, como “operações sobre dados pessoais que não envolvam a utilização de equipamentos de processamento de dados”⁵⁵.

Ainda sobre o tratamento não autonomizado de dados, esclarece que o RGPD só se aplica a dados pessoais contidos em ficheiros ou a eles destinados, segundo o Considerando 15), sendo que a definição de ficheiro, estipulada no 6) do artigo 4.º do Regulamento, consagra ficheiro como *qualquer conjunto estruturado de dados pessoais, acessível segundo critérios específicos, quer seja centralizado, descentralizado ou repartido de modo funcional ou geográfico.*

⁵³ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit., pág. 70.

⁵⁴ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit. Pág. 85.

⁵⁵ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit. Págs. 85 e 86.

Nesses termos, considera que ficheiro, é composto por dois elementos, o elemento interno e o externo, referindo que o elemento interno “pressupõe uma compilação de vários dados pessoais, independentemente da sua natureza, do formato em que a informação tenha sido recolhida ou do suporte em que conste”⁵⁶. Esclarece ainda, que a referência a vários dados pessoais, não significa a compilação de dados pessoais relativos a vários titulares de dados pessoais, mas sim para a pluralidade de dados pessoais de um titular.

Quanto ao elemento externo, ou estrutura, considera que deve ser interpretada amplamente “no sentido de organização, ou seja, os dados devem ser arrumados através de um qualquer processo ou metodologia, mesmo que pouco elaborado”⁵⁷, não relevando para a determinação da aplicação se os dados se encontram centralizados, descentralizados ou repartidos de modo funcional ou geográfico.

Relativamente à *acessibilidade segundo critérios específicos*, esclarece que “o responsável pelo tratamento dos dados ou um terceiro, que possa licitamente aceder ao ficheiro, deve conseguir consultá-lo mediante critérios pré-determinados”⁵⁸, dando como exemplo a organização alfabética.

Importa referir que são excluídos ao âmbito de aplicação material, o tratamento de dados i) *Efetuada no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União*, ii) *Efetuada pelos Estados-Membros no exercício de atividades abrangidas pelo âmbito de aplicação do título V, capítulo 2, do TUE*; iii) *Efetuada por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas* e iv) *Efetuada pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública*, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do RGPD.

Relativamente ao tratamento efetuado no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do RGPD, está em causa o princípio da atribuição, sendo este, um princípio fundamental do Direito da União Europeia⁵⁹, previsto no artigo 5.º do TUE, que determina que a UE atua de acordo com os limites da competência atribuídos pelos Tratados, sendo estas definidas nos artigos n.º 2 a 6.º do TFUE.

⁵⁶ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit. Pág. 86.

⁵⁷ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit., pág. 86.

⁵⁸ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit., pág. 87.

⁵⁹ Glossary of summaries, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/glossary/principle-of-conferral.html>

Como refere Ana Guerra Martins⁶⁰, a União Europeia não possui competências próprias, sendo estas atribuídas pelos Estados-membros, nos termos expressos no n.º 1 do artigo 4.º do TUE, que estatui que *nos termos do artigo 5.º, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros*, e no n.º 2 do artigo 5.º, do mesmo diploma, que reiterando, estipula que *em virtude do princípio da atribuição, a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objetivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros*.

Para melhor determinar o princípio da atribuição, importa considerar que o n.º 2 do artigo 4.º do TUE define matérias da competência exclusiva dos Estados-membros, ao estipular que *a União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respetiva identidade nacional, refletida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional*, como veremos.

Quanto à exclusão do tratamento de dados efetuado por pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas, importa desde logo referir o Considerando 18) do RGPD, que as define como atividades *sem qualquer ligação com uma atividade profissional ou comercial*, para tanto contribuindo a jurisprudência do TJUE que as concretiza como atividades “que se inserem no quadro da vida pessoal ou familiar”⁶¹.

O referido considerando promove ainda exemplificação, referindo que *as atividades pessoais ou domésticas poderão incluir a troca de correspondência e a conservação de listas de endereços ou a atividade das redes sociais e do ambiente eletrónico no âmbito dessas atividades*.

⁶⁰ Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, 2.ª Edição atualizada e aumentada, Almedina, 2018, págs. 316 e 317, citada também em A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, pág. 87.

⁶¹ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, pág. 89, citação 260: TJUE 16-dez.-2008, proc. C-73/07 (Satamedia), 44: “esta segunda exceção deve ser interpretada no sentido de que tem apenas por objecto as actividades que se inserem no quadro da vida privada ou familiar dos particulares”. Em idêntico sentido: TJUE 6-nov.-2003, proc. C-101/01 (Lindqvist), 47.

Importa ainda mencionar que, nos termos do mesmo considerando, esta exclusão do âmbito de aplicação, não exonera os fornecedores dos meios para o tratamento dos dados pessoais nessas atividades pessoais ou domésticas, determinando que *o presente regulamento é aplicável aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais dessas atividades pessoais ou domésticas*⁶², pelo que, se entende que a exclusão se finda com a acessibilidade dos dados a um universo ilimitado através da publicação dos dados⁶³.

Pelo exposto, entendemos que esclarece o referido considerando, que o gestor da rede, nos termos do RGPD, é qualificado como subcontratante, nos termos do ponto 8) do artigo 4.º do RGPD, acarretando as devidas consequências jurídicas em sede de responsabilidade civil, previstas nesse regulamento.

Numa última nota sobre o âmbito de aplicação do RGPD, entende Barreto Menezes Cordeiro⁶⁴, que se encontram fora do âmbito de aplicação, por violação concomitante do direito aos dados e dos direitos de personalidade, as cartas missivas confidenciais e os retratos, quando elaborados de forma manual. Divergimos dessa posição, atendendo a que os dados pessoais constantes em *ficheiros manuais* gozam de idêntica proteção nos termos do n.º 7 do artigo 35.º da CRP.

1.2.2. Conceito de dado pessoal

Concluída a análise do âmbito material do RGPD, incidiremos agora na determinação do conceito de dado pessoal que, nos termos do ponto 1) do artigo 4.º do RGPD, estipula dados pessoais, *como informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável*.

De referir que, o conceito de dados pessoais, mantém a definição que já constava na Diretiva n.º 95/46/CE, e que se decompõe, em quatro elementos distintos e

⁶² Considerando 18) do RGPD.

⁶³ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, pág. 90.

⁶⁴ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direitos de personalidade e dados pessoais*, pág. 58.

autonomizáveis⁶⁵, a saber, i) qualquer informação, ii) relativa a, iii) pessoa singular e iv) identificada ou identificável.

Olhando, seguidamente, para cada um dos elementos referidos, consideramos que a expressão *qualquer informação* tem o sentido de que toda a informação é considerada relevante⁶⁶, o que significa que, toda a informação pessoal abrange todos os aspetos relativos à pessoa humana, seja ela informação objetiva ou subjetiva, estipulando o RGPD, nos artigos 4.º, 9.º e 10.º, os vários tipos de dados, como, dados genéticos, biométricos, relativos à saúde, que revelem origem racial ou étnica, opiniões políticas, convicções religiosas ou filosóficas, filiação sindical, aspetos relativos à sexualidade, e dados relacionados com condenações penais e infrações.

Ainda quanto à informação, é de notar que, o direito à correção da informação, previsto no RGPD, não releva para o preenchimento do conceito de dados pessoais, tendo um âmbito de aplicação transversal, resultando de que no Regulamento são consagrados mecanismos que permitem que o titular avalie a informação tratada, podendo também, obrigar à sua correção, como também não releva o formato em que essa informação foi recolhida.

O elemento *relativa a*, impõe que a informação seja relativa a uma pessoa humana, isto é, que exista uma intrínseca relação entre a informação e um sujeito, estando fora do âmbito do RGPD “toda a informação concernente a realidades jurídicas não subjetiváveis”⁶⁷.

Relevou para esta determinação o Parecer 7/2007, do Grupo de Trabalho de Proteção de Dados⁶⁸, que, ao adotar a definição de que “os dados referem-se a uma pessoa se se referirem à identidade, características ou comportamento de uma pessoa ou se tal informação for utilizada para determinar ou influenciar de que forma essa pessoa é tratada ou avaliada”⁶⁹, defendeu que a relação dos dados com a pessoa se afere mediante um elemento de conteúdo, de finalidade ou de resultado.

⁶⁵ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, pág. 107.

⁶⁶ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, págs. 107 a 131.

⁶⁷ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, cit. Pág. 110.

⁶⁸ Parecer 7/2007 do Grupo de Trabalho de Proteção de dados do Artigo 29.º, disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_pt.pdf

⁶⁹ Idem., cit., pág. 10, citação 9: Documento do Grupo de Trabalho, n.º WP 105: “Documento de trabalho sobre questões relativas à protecção de dados no âmbito da tecnologia RFID”, adotado em 19.1.2005, p. 8.

Nesses termos, o elemento de *conteúdo* é preenchido quando a informação tem como objeto a própria pessoa, o elemento de *finalidade* verifica-se nos casos em que não sendo a pessoa o objeto da informação tem como finalidade “avaliar, tratar de determinada forma ou influenciar o estatuto, ou o comportamento de uma pessoa”⁷⁰ e, o elemento de *resultado*, que não tendo como objeto a pessoa, nem a sua conduta, ainda assim, tenha “impacto nos direitos e interesses dessa determinada pessoa”⁷¹.

O elemento *pessoa singular*, reflete o âmbito de aplicação do RGPD que, não abrange o tratamento de dados pessoais das pessoas coletivas, como, aliás esclarece o Considerando 14) que determina 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.*

O último elemento aqui em foco, é o da *pessoa identificada ou identificável*, relevando desde logo a segunda parte do ponto 1) do artigo 4.º do RGPD, ao estatuir que, *é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular.*

Esclarece, ainda, a segunda parte do Considerando 26) que, *para determinar se uma pessoa singular é identificável, importa considerar todos os meios suscetíveis de ser razoavelmente utilizados, tais como a seleção, quer pelo responsável pelo tratamento quer por outra pessoa, para identificar direta ou indiretamente a pessoa singular. Para determinar se há uma probabilidade razoável de os meios serem utilizados para identificar a pessoa singular, importa considerar todos os fatores objetivos, como os custos e o tempo necessário para a identificação, tendo em conta a tecnologia disponível à data do tratamento dos dados e a evolução tecnológica. Os princípios da proteção de dados não deverão, pois, aplicar-se às informações anónimas, ou seja, às informações*

⁷⁰ Parecer 7/2007 do Grupo de Trabalho de Proteção de dados do Artigo 29.º, cit., pág. 11.

⁷¹ Parecer 7/2007 do Grupo de Trabalho de Proteção de dados do Artigo 29.º, cit., pág. 11.

que não digam respeito a uma pessoa singular identificada ou identificável nem a dados pessoais tornados de tal modo anónimos que o seu titular não seja ou já não possa ser identificado. O presente regulamento não diz, por isso, respeito ao tratamento dessas informações anónimas, inclusive para fins estatísticos ou de investigação.

Entendendo-se bastante, a concretização do legislador quanto a pessoa identificável, o mesmo não ocorreu na determinação do conceito pessoa identificada, sendo de considerar que o será quando a informação permita identificar o titular de forma inequívoca.

1.2.3. Proposta de metodologia de determinação do âmbito material

Explanaada a determinação do âmbito de aplicação material do RGPD e a interpretação do conceito de dados pessoais, passamos a propor, sucintamente, uma metodologia de determinação aplicável ao caso em concreto, que será útil na aplicação do método prático.

Desta forma, a primeira operação será determinar se a informação em causa é enquadrável no conceito de dado pessoal, nos termos do 1) do artigo 4.º do RGPD, e assim preencher os elementos aí determinados, a saber:

- qualquer informação: objetiva ou subjetiva sobre uma pessoa;
- relativa a: por verificação de presença de elemento de conteúdo, de finalidade ou de resultado;
- pessoa singular: excluindo-se as pessoas coletivas;
- identificada ou identificável: quando a informação permite a identificação do titular de forma inequívoca, ou mediante um juízo de probabilidade razoável de identificação.

Uma vez determinado o preenchimento de dado pessoal, cabe determinar se o tipo de tratamento preenche o âmbito material do RGPD, propondo-se aqui a operação inversa, ou seja, verificar primeiramente, se consubstancia uma causa de exclusão do âmbito material, previstas no n.º 2 do artigo 1.º do RGPD, sendo estas:

- *Efetuada no exercício de atividades não sujeitas à aplicação do direito da União*

- *Efetivado pelos Estados-Membros no exercício de atividades abrangidas pelo âmbito de aplicação do título V, capítulo 2, do TUE;*
- *Efetivado por uma pessoa singular no exercício de atividades exclusivamente pessoais ou domésticas;*
- *Efetivado pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública.*

Não existindo uma causa de exclusão do âmbito de aplicação material do RGPD, caberá, por fim, determinar o preenchimento do n.º 1 do artigo 1.º do RGPD, i.e., a verificação da ocorrência de tratamento de dados, podendo este ser realizado através de:

- Meios totalmente automatizados;
- Meios parcialmente automatizados;
- Meios não automatizados.

No preenchimento do tratamento de dados não automatizados importa, ainda assim, que se trate do tratamento de um ficheiro, nos termos do ponto 6) do artigo 4.º do RGPD, que para tanto, obriga o preenchimento cumulativo dos seguintes elementos:

- Conjunto de dados pessoais;
- Estruturados;
- Acessíveis.

Terminada a proposta de metodologia de determinação da aplicação do Regulamento, pode-se inferir que a aplicação do RGPD obriga a várias operações de qualificação, sendo de recusar que a sua aplicação abrange todas as situações que envolvem informações pessoais, principalmente no tráfego relacional particular.

1.2.4. Responsabilidade Civil prevista no RGPD

Visto o âmbito de aplicação material do RGPD e os requisitos do seu preenchimento, cabe olhar para o mecanismo de responsabilidade civil previsto no Regulamento, por forma a determinar os seus requisitos e aplicação.

Como referido anteriormente, o mecanismo de responsabilidade civil encontra-se previsto no artigo 82.º do RGPD, com a seguinte redação, *qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos.*

A responsabilidade é, assim, estendida a todos os responsáveis pelo tratamento de dados, nos termos do n.º 2 do referido artigo, ao prever que, *qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento. O subcontratante é responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento.* A mesma solução foi consagrada na Lei de Execução do RGPD (LERGPD) no ordenamento interno⁷², no seu artigo 33.º.

Do artigo 82.º serão de extrair quatro pressupostos, cujo preenchimento permite aplicar o mecanismo de responsabilidade civil aí estatuído, sendo estes, o facto, a ilicitude, o dano e o nexo de causalidade.

O facto em causa, será sempre o *tratamento*, cujas aceções se encontram enumeradas no ponto 2) do artigo 4.º do RGPD, como a *recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição.*

⁷² Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto, que Assegura a execução, na ordem jurídica nacional, do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.

A ilicitude manifesta-se na expressão *devido a uma violação do presente regulamento*, esclarecendo o Considerando 146) que a ilicitude resulta de um tratamento que viole o regulamento, abrangendo os tratamentos *que violem os atos delegados e de execução adotados nos termos do presente regulamento e o direito dos Estados-Membros que dê execução a regras do presente regulamento*.

Nesta medida, importa recuperar a definição de tratamento, consagrada no 2) do artigo 4.º do Regulamento, que o define como *uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição*.

Caberá por isso, a prévia determinação da operação de tratamento em causa, verificando, posteriormente a violação consagrada no RGPD, nos atos delegados ou na LERGD.

Fica ainda claro, pelo mesmo Considerando, que, pese embora, seja da competência do TJUE a interpretação do conceito de dano, previsto no regulamento, não fica prejudicado o pedido de indemnização por violação de *outras regras do direito da União ou dos Estados-Membros*.

No seguimento do acima concluído, entendemos que, o recurso ao mecanismo de responsabilidade civil previsto no RGPD, não afasta o mecanismo de responsabilidade civil previsto no CC, seja por responsabilidade obrigacional, seja por responsabilidade delitual, afastando-nos, também neste ponto, de Barreto Menezes Cordeiro⁷³, que aqui entende tratar-se unicamente de obrigações contratuais.

Por sua vez, o dano resulta da expressão *que tenha sofrido danos materiais ou imateriais*, e que não sendo o conceito de dano definido nos termos do regulamento, releva o Considerando acima referido, que determina que se terá em conta *quaisquer danos que alguém possa ser vítima*, e que o *conceito de dano deverá ser interpretado em sentido lato à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça, de uma forma que reflita plenamente os objetivos do presente regulamento*.

⁷³ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, pág. 383 e 384.

Daqui se extrai que, na operação de interpretação, se terá em conta que “(i) o conceito de dano deve ser interpretado em sentido lato, à luz da jurisprudência do TJUE, (ii) os objetivos do RGPD devem ser plenamente respeitados; e (iii) todos os danos devem ser ressarcidos, incluindo os danos materiais e os danos imateriais.”⁷⁴.

Como refere Barreto Menezes Cordeiro⁷⁵, concretiza-se a jurisprudência do TJUE na imposição aos tribunais dos Estados-Membros do cumprimento dos princípios da equivalência e da efetividade, isto é, não podem os tribunais nacionais, ao aplicar o direito comunitário, colocar os lesados em posição mais desfavorável do que estariam pela aplicação do direito interno, e ainda, que deve ser garantido o reconhecimento efetivo dos direitos reconhecidos pelo direito europeu, respetivamente.

Quanto ao tipo de danos *materiais ou imateriais*, aqui considerados, não nos deixa dúvidas a sua interpretação, por direta relação com os danos patrimoniais e não patrimoniais consagrados no ordenamento português.

Relativamente ao nexó de causalidade, resulta da expressão *devido a*, que consta no n.º 1 do artigo 82.º do RGPD, da expressão “causados por”, presente no seu n.º 2 e da expressão *em virtude de*, que consta no Considerando 146).

Por fim, referir ainda, que na determinação da indemnização, estão os tribunais dos Estados-Membros, vinculados ao princípio da adequação e da integralidade, conforme esclarece o considerando, acima mencionado, ao dispor que, *os titulares dos dados deverão ser integral e efetivamente indemnizados pelos danos que tenham sofrido*.

Sobre a adoção deste princípio, resulta claramente por um lado, que o *quantum* determinado tem de ser adequado a reparar integralmente o dano gerado na esfera jurídica do titular, e por outro, que nessa determinação do *quantum* indemnizatório está vedada a redução ou exclusão por culpa do lesado.

Relativamente à culpa do lesado, defende Rodrigo Rocha Andrade⁷⁶ que será de aplicar a redução do *quantum* indemnizatório, por culpa do lesado, nos termos do artigo 570.º do Código Civil, caso este não disponibilize as condições necessárias para a decisão, ao responsável pelo tratamento de dados, e ainda nos casos em que pressione o mesmo,

⁷⁴ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, Cit., pág. 384.

⁷⁵ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Direito da Proteção de Dados*, pág. 385.

⁷⁶ Rodrigo Rocha Andrade, *Da responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados*, Fórum de Proteção de Dados, N.º 07 dezembro de 2020 semestral, pág. 33.

impedindo-o assim de tomar a decisão tempestiva, considerando o tempo necessário para a correta análise.

Divergimos desta posição por duas ordens de razão, a primeira, por se tratar de uma interpretação sem correspondência com as normas de responsabilidade civil previstas no Regulamento, e em segundo, mesmo interpretando conjuntamente com o Regulamento dos Serviços Digitais, o que estaria em causa seria a irresponsabilização do tratador, ou do gestor da rede, demonstrando a diligência exigida⁷⁷, pelo que na nossa opinião o mecanismo de responsabilidade civil previsto no RGPD não admite a redução ou exclusão da indemnização por aplicação da culpa do lesado.

1.2.5 Posição adotada

Conforme mencionado, e atendendo à matéria aqui tratada, torna-se essencial para a formulação de uma conclusão, a determinação do âmbito de aplicação do RGPD.

Com esse intuito, foi exposto o pensamento de Barreto Menezes Cordeiro, atendendo a que incide sobre determinação da aplicação do RGPD às situações de violação dos direitos de personalidade, cabendo assim, nesta sede, tomar posição e alcançar as necessárias conclusões sobre o âmbito de aplicação do RGPD.

Nestes termos, e com o devido respeito pelo ilustre académico, diferimos da sua posição, porquanto, não cremos que a tutela da responsabilidade civil prevista no artigo 82.º do RGPD seja apta a solucionar a violação dos direitos de personalidade, pelo que discordamos de que se trata de uma tutela alternativa.

Vejamos, o ponto de discórdia, que conforma todo o raciocínio jurídico, é o fim do RGPD, que o autor entende tratar-se da tutela apta à proteção dos direitos fundamentais previstos na nos artigos 7.º e 8.º da CDFUE e artigo 8.º da CEDH, por via do n.º 2, do artigo 1.º do RGPD.

Aceitamos, como não podia deixar de ser, que o legislador europeu se encontra vinculado à CDFUE e à CEDH, desde logo pela previsão no n.º 1 artigo 6.º do TUE, que obriga ao

⁷⁷ Crf. *Infra*.

reconhecimento pela União dos direitos, liberdades e garantias, consagrados na CDFUE, mas importa atentar no 2.º parágrafo do mesmo número, que determina que o disposto na CDFUE não pode alargar as competências da União.

Como ensina Ana Guerra Martins⁷⁸, o princípio da atribuição foi expressamente consagrado no artigo 5.º do tratado de Lisboa por determinação dos Estados-membros, garantindo assim suas competências soberanas dos Estados-Membros.

Recorrendo-nos assim, da estipulação do n.º 2 do artigo 4.º do TUE, que determina que a União se encontra vinculada ao respeito da identidade nacional refletida na estrutura constitucional dos Estados-membros, de acordo com o “princípio da limitação de competência da organização supranacional em que Portugal se integra”⁷⁹.

Daqui, afigura-se pacífico determinar, que os direitos de personalidade integram a matéria da exclusiva competência dos Estados-Membros, não só por se encontrarem compreendidos nas respetivas estruturas constitucionais, com importância elementar por se basear no princípio da dignidade da pessoa humana, e ainda porque são integrantes da identidade nacional, porquanto correspondem a direitos caracterizadores do povo.

Reforça o argumento exposto, o facto de a responsabilidade civil por violação de direitos de personalidade ter sido expurgada do Regulamento Roma II, que conforme visto, ocorreu pela incerteza da lei pessoal a aplicar, pelo que, não podemos entender que o RGPD visa esse fim.

Nestes termos, entendemos que o RGPD tem como fim o reforço da proteção do direito de proteção de dados pessoais e a sua uniformização, conformando o direito fundamental previsto no artigo 8.º da CDFUE, de proteção dos dados pessoais, e que entre nós tem correspondência constitucional no artigo 35.º da CRP⁸⁰, o que não se confunde com os demais direitos fundamentais que se encontram previstos na CDFUE, na CEDH e na CRP.

Reforça este entendimento, o facto de a competência legislativa da União no que concerne ao direito da proteção de dados se encontrar prevista no artigo 16.º do TFUE, significando que se encontra compreendida na reserva de competência legislativa da UE, previstas nos artigos 2.º a 6.º do TFUE, o que nos permite concluir que foi opção dos Estados-Membros

⁷⁸ Ana Maria Guerra Martins, *Manual de Direito da União Europeia*, pág. 317.

⁷⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., pág. 367.

⁸⁰ No mesmo sentido, Luís de Lima Pinheiro, *Direito da Internet*, pág. 290.

essa atribuição legislativa específica, segundo o princípio da atribuição, não se podendo extrair um efeito mais amplo⁸¹.

Neste sentido, é referido no relatório de implementação do RGPD que o mesmo visou reforçar as “garantias em matéria de proteção de dados”⁸² e criar “condições de concorrência equitativas para todas as empresas que operam no mercado da UE”⁸³, denunciando aqui o escopo económico do diploma, conforme também refere o Considerando 5) do referido Regulamento.

Entendemos, por isso, que o direito à proteção de dados não é absoluto⁸⁴, pelo que, o RGPD não é apto, *per se*, a resolver em sede de responsabilidade civil, as violações de direitos de personalidade, uma vez que a tutela aí consagrada circunscreve-se à proteção do direito da proteção de dados pessoais. Nestes termos, resulta que os dados pessoais enquanto bens jurídicos autónomos, mas relativos, a sua tutela depende da articulação com o regime dos bens jurídicos inerentes, designadamente os bens de personalidade.

Não acompanhamos, por isso, o entendimento de que o mecanismo de responsabilidade civil previsto no RGPD possa ser chamado a solucionar de modo autónomo situações de violação dos direitos de personalidade.

Motivo pelo qual também se diverge quanto à necessidade de o pedido ser formulado nos termos do RGPD, pois não estará em causa a tutela alternativa entre o Código Civil e o RGPD, mas sim, quando preenchido o seu âmbito de aplicação material, a sua aplicação oficiosa em conjugação com o Código Civil.

De referir que existindo mais do que um responsável pelo tratamento de dados pessoais, subcontratantes, ou o tratamento ser efetuado através de plataforma, cujo responsável será o gestor da rede, deverá a ação ser intentada em litisconsórcio, com cumulação de pedidos, nos termos do artigo 555.º do CPC, porquanto, a concorrência de causalidades resultantes de títulos de imputação referentes a cada tipo de agentes envolvidos, importa a aplicação do mecanismo da responsabilidade civil previsto no RGPD, que, como vimos,

⁸¹ No mesmo sentido, Considerando 12) do RGPD.

⁸² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, 24 de junho de 2020, cit. Pág. 2.

⁸³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, cit. Pág. 2.

⁸⁴ Conforme o Considerando 4) do RGPD.

depende da verificação do dano e do nexó causal pela violação de direitos de personalidade.

Deste modo, com base no exposto, e recordando a tensão entre os direitos fundamentais já analisada, entendemos que o mecanismo da responsabilidade civil por violação de dados pessoais, consagra títulos de imputação, assim como ocorre no Código Civil pela violação de direitos de personalidade, impondo-se a sua conjugação.

Pelo exposto, sustentámos que o mecanismo da responsabilidade civil, previsto no RGPD, sem prejuízo de se considerar um tipo de responsabilidade civil autónomo, será apto enquanto norma de imputação de danos, dependendo da prévia configuração de violação de direitos de personalidade, ou de outros direitos pessoais, concorrendo as referidas tutelas na resolução desses diferendos, como veremos aquando da análise do instituto da responsabilidade civil.

1.3. Regulamento dos Serviços Digitais

O Regulamento dos Serviços Digitais, que passaremos a designar como RSD, visa promover regras *harmonizadas para um ambiente em linha seguro, previsível e fiável, que facilite a inovação e no qual os direitos fundamentais consagrados na Carta, incluindo o princípio da defesa dos consumidores, sejam efetivamente protegidos*, como resulta do seu artigo 1.º.

Este Regulamento, nos termos do n.º 4 do artigo 2.º, aplica-se sem prejuízo da aplicação de outros diplomas europeus, nomeadamente do RGPD, numa relação de especificação e complementaridade.

Deste ponto, extraímos que a aplicação deste Regulamento, não exonera o gestor da rede da qualificação enquanto tratador de dados, nos termos do RGPD, nem das obrigações daí decorrentes.

É de total relevância este Regulamento para o nosso objetivo, atendendo a que o gestor de rede, determinado como o responsável de uma plataforma em linha, definindo-se como *um serviço de alojamento virtual que, a pedido de um destinatário do serviço, armazene e difunda informações ao público*, nos termos da alínea i), do artigo 3.º do RSD, ou de

motor de pesquisa em linha, que se define como *um serviço intermediário que permite aos utilizadores fazer pesquisas para consultar, em princípio, todos os sítios na Internet, ou sítios Internet numa determinada língua, com base numa pesquisa sobre qualquer assunto, sob a forma de uma palavra-chave, comando de voz, frase ou outros dados, e que fornece resultados em qualquer formato nos quais pode ser encontrada informação relacionada com o tipo de conteúdo solicitado*, nos termos da alínea j) do mesmo artigo.

Além do suprarreferido, são estipuladas no Regulamento as obrigações desses prestadores, bem como a responsabilidade pelo seu incumprimento.

Sobre a responsabilidade civil, importa relevar que o presente Regulamento, nos termos do seu artigo 89.º, revogou os artigos 12.º a 15.º da Diretiva sobre o comércio eletrónico, onde se consagrava a exclusão da responsabilidade *in vigilando* dos prestadores de serviços no âmbito da sociedade de informação.

Embora expressamente seja consagrado, no artigo 8.º do RSD, que a esses prestadores de serviços não é imposta a obrigação geral de controlar as informações transmitidas ou armazenadas, essa exclusão da responsabilidade *in vigilando* foi mitigada, porquanto serão responsáveis se tiverem conhecimento efetivo da ilegalidade ou do conteúdo, e tendo conhecimento, não atuar com diligência no sentido de suprir ou desativar o acesso a esses conteúdos, nos termos da alínea a) e b), do n.º 1 do artigo 6.º, respetivamente.

Releva, ainda, que sobre os gestores de rede recai a obrigação de criar mecanismos de notificação e ação, nos termos do artigo 16.º do RSD, que por meios eletrónicos de fácil acesso e utilização permitam aos titulares facilmente notificar o gestor da existência na sua rede de conteúdos ilegais.

De referir que, conteúdo ilegal nos termos do Regulamento, são *quaisquer informações que, por si só ou em relação a uma atividade, incluindo a venda de produtos ou a prestação de serviços, não estejam em conformidade com o direito da União ou com o direito de qualquer um dos Estados-Membros que seja conforme com o direito da União, independentemente do objeto ou da natureza precisa desse direito*.

Com efeito, poderemos concluir que a informação que atente contra direitos de personalidade, nos termos do Código Civil, por aplicação do Regulamento, será sempre subsumível ao conceito de conteúdo ilegal.

Neste âmbito, prevê o artigo 54.º deste Regulamento que, *nos termos do direito da União e nacional, os destinatários do serviço têm o direito de pedir uma indemnização aos*

prestadores de serviços intermediários no que diz respeito a quaisquer perdas ou danos sofridos devido a uma violação, por parte desses prestadores, das obrigações que lhes incumbem por força do presente regulamento.

Deste texto normativo, podemos extrair que se trata de uma norma de imputação de responsabilidade civil ao gestor da rede, a ser determinada nos termos do direito nacional ou do direito europeu.

Estamos, portanto, em posição de concluir que ao gestor da rede será imputada a responsabilidade civil pela violação das obrigações constantes no RSD, que nas situações de violação de dados pessoais, implicará a aplicação conjunta do RGPD, e ainda a imputação da responsabilidade civil nos termos do RGPD, porquanto nesse âmbito é qualificado como subcontratante.

2. Os Direitos de Personalidade

Aqui iremos recorrer à já aludida doutrina de Jorge Miranda que nos diz que “os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito civil”⁸⁵.

No nosso entender, esta expressão demonstra, na sua plenitude, o modo como se encontram conformados os direitos fundamentais no que toca ao núcleo mais íntimo do ser humano.

Assim e, retomando a breve análise dos direitos fundamentais, crf. *supra*, configuramos que estes direitos fundamentais resultam da conformação da Dignidade da pessoa humana⁸⁶.

Nesse sentido, embora todos os direitos fundamentais decorram da dignidade da pessoa humana, e possam ser classificados como direitos de liberdade, de igualdade, de

⁸⁵ Jorge Miranda, *Direitos Fundamentais*, cit., pág. 85; no mesmo sentido, Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, Gestlegal, 2018, pág. 325 e ss.

⁸⁶ No mesmo sentido, Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, Volume I, 2020, Almedina, págs. 73 e ss..

participação política e os direitos sociais⁸⁷, nem todos apresentam a mesma proximidade face àquele fundamento ou “núcleo inspirador”⁸⁸.

Desse modo, os direitos fundamentais apresentam variações “quanto ao grau de proximidade e à natureza da sua associação, mais remota ou mais direta e imediata, à dignidade da pessoa humana”⁸⁹.

Da diferenciação mencionada distinguem-se os direitos fundamentais de personalidade, como aqueles “mais próximos ou mais intimamente associados à dignidade da pessoa humana”⁹⁰, fundando-se na própria “existência do seu titular considerado como *persona*”⁹¹.

O mesmo raciocínio nos leva a concluir que os direitos fundamentais de personalidade apresentam, também, vários graus de proximidade ao núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, como parece resultar da sistemática adotada no capítulo I do título II da CRP.

A sistemática constitucional transparece o mesmo raciocínio de proximidade nuclear, atendendo a que figuram, sistematicamente, como primeiro e segundo direitos fundamentais, o direito à vida e o direito à integridade física, respetivamente, e em terceiro os outros direitos pessoais, que correspondem à categoria dos “bens de personalidade”⁹².

Esta categoria de direitos fundamentais é conformada através da tutela penal, com base nos bens jurídicos respetivos, e pela tutela civil, através dos direitos de personalidade. De realçar que esta conformação não consagra os correspondentes direitos, mas sim que os reconhece na ordem interna, tratando-se de um “efeito de refração dos direitos fundamentais”⁹³.

É sobre a tutela civil que seguidamente nos debruçaremos, que se encontra consagrada nos artigos 70.º e seguintes do Código Civil, mas que depende do prévio reconhecimento do fundamento antropológico da *persona*.

⁸⁷ Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, págs. 77 e ss.

⁸⁸ Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pág. 78.

⁸⁹ Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pág. 193.

⁹⁰ Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pág. 193.

⁹¹ Jorge Reis Novais, *A Dignidade da Pessoa Humana*, cit., pág. 193.

⁹² Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, Princípia, 2022, cit., pág. 18.

⁹³ Mafalda Miranda Barbosa/ Tomás Prieto Álvares, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, GESTLEGAL, 2020, Cit., pág. 45.

2.1. O fundamento antropológico da *Persona*

Como bem refere Diogo Costa Gonçalves⁹⁴, o domínio da disciplina dos direitos de personalidade depende dos fundamentos antropológicos da tutela, porquanto importa para a sua aplicação, nos termos do nosso ordenamento jurídico, a matriz antropológica da *persona*, bem como, por se tratar de uma categoria axiológica de direitos.

Uma vez defendido, que a tutela da *persona*, tem fundamento na própria existência do ser, vamo-nos agora cingir a tomar a necessária posição quanto ao fundamento antropológico da tutela, e assim definir quais as implicações para o direito da *persona*.

De facto, não nos podemos deixar de debruçar sobre a realidade ôntica da pessoa, atendendo a que a concretização normativa depende desse fundamento⁹⁵.

Esta necessidade de concretização não é unicamente contemporânea, pois o pensamento filosófico cedo se debruçou sobre esta questão, pelo que podemos descrever a evolução antropológica, como tendo origem na antropologia clássica, passando pela antropologia teleológica e pela teleologia moderna que deu lugar à antropologia contemporânea, no século XX⁹⁶.

Sem nos deixarmos levar pela tentação de aprofundamento deste tema, concentrámo-nos nos resultados indispensáveis para prosseguir nas conclusões a que aqui nos propomos, pois como refere Diogo Costa Gonçalves, “o jurista vive na angústia da decisão”⁹⁷.

Assim, a origem etimológica do termo *persona* remonta ao termo “*prósopon*”⁹⁸, usado para identificar a personagem do teatro grego, sendo que originalmente designava a máscara da personagem.

Na filosofia antiga, em que foi rica a reflexão antropológica, o termo era reservado para uma função exercida pela pessoa, segundo a visão monista da realidade, evoluindo para uma determinação em sentido naturalístico, na filosofia romana.

⁹⁴ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, págs. 20 e 21.

⁹⁵ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, Estudos de Direito da Bioética, vol. II, Almedina, 2008. Pág. 128.

⁹⁶ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, pág. 206.

⁹⁷ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., págs. 129 e 130.

⁹⁸ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, Princípia, 2022, pág. 157.

O conceito metafísico de pessoa surge pela teologia, a trindade e a cristologia, que cinde com o conceito monista da realidade pelo surgimento do dualismo filosófico entre natureza e pessoa⁹⁹, fruto da relação da pessoa indivíduo com a construção divina.

Por sua vez, a antropologia moderna ou antropologia da subjetividade¹⁰⁰, foi “marcada, essencialmente, pela atitude da *dúvida* filosófica”¹⁰¹, passando o conceito *persona* a designar uma realidade psíquica, perdendo o seu conteúdo ôntico, identificando-se assim com “uma realidade psíquica, emotiva, subjetiva”¹⁰².

É sob esta égide que o conceito de *persona* se assume como conceito-valor, sendo a base dos “personalismos contemporâneos”¹⁰³, que na antropologia contemporânea se dividem em existencialismo, com base na ideia de pessoa projeto de si, e personalismo, que parte da intersubjetividade, assente na “abertura do homem – incomunicável e subsistente – ao outro, abertura esta constitutiva da sua realidade”¹⁰⁴.

A antropologia moderna reporta-se ao século XX, surgindo no século XXI uma nova corrente, apelidada como teoria de género, cujo pensamento recupera o entendimento clássico, entendendo *persona* como realidade compósita, i.e., “uma unidade ôntica”¹⁰⁵ constituída por corpo e alma, sendo o corpo constitutivo do sujeito, e que, por via de “uma modificação substantiva”¹⁰⁶, entende que o elemento constitutivo do sujeito é o seu espírito, sendo o seu corpo uma realidade extrínseca ao sujeito.

⁹⁹ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, pág. 137.

¹⁰⁰ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, págs. 140 e ss., e Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, págs. 187 e ss.

¹⁰¹ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., págs. 141.

¹⁰² Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 141.

¹⁰³ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 145.

¹⁰⁴ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 147.

¹⁰⁵ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 207.

¹⁰⁶ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 208.

2.2. O conceito *Persona*

Feita a resenha história da evolução do fundamento antropológico da *persona*, iremos agora procurar a adequada definição enquanto “conceito técnico-operativo”¹⁰⁷ que nos permitirá prosseguir a partir da adequada interpretação do conceito.

Neste ponto, alicerçar-nos-emos nos ensinamentos de Diogo Costa Gonçalves¹⁰⁸, seguindo a sua estruturação, pelo que veremos, nesta ordem, o homem como *distinctum subsistens*, *distinctum subsistens respectivum* e por fim, homem como ser em realização.

O Homem enquanto *distinctum subsistens*, ou ente subsistente, assenta na dimensão constitutiva do sujeito, ou seja, a “diferença específica na realidade do Homem (...) está no próprio ato de ser”¹⁰⁹, sendo *subsistens* “porque aparece, face aos demais entes, como *um todo individual que subsiste num único acto de ser*”¹¹⁰ e, *distinctum*, na medida em que está marcado pela auto-posseção, pela imanência e pela ipseidade, atendendo à sua distinção enquanto ser único e distinto em si mesmo.

Contudo, entender o Homem como *distinctum subsistens* é entendê-lo como ser único, individual e solitário, aqui no sentido de ser isolado, sem influências externas, esta estrutura da realidade humana assentava na solidão ontológica do ser.

Divergindo desta construção, surge a estrutura da realidade humana assente na intersubjetividade, definindo pessoa como realidade ôntica complexa, *distinctum subsistens respectivum*, ou seja, a realidade humana encerra em si duas dimensões existenciais, aquela anteriormente vista, e a “dimensão relacional constitutiva da realidade pessoal”¹¹¹.

Para além destas categorias da realidade humana, falta referir a “*categoria da realização*”¹¹² que assenta nas vivências do Homem, nas suas escolhas, na sua realização enquanto pessoa e no fim que visa atingir. Dimensões estas, que são também constitutivas da realidade pessoal.

¹⁰⁷ Mafalda Miranda Barbosa, *Católica Talks 4, Direito de Personalidade*, Universidade Católica Editora, 2023, cit., pág. 162.

¹⁰⁸ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, págs. 149 e ss., e Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, págs. 225 e ss.

¹⁰⁹ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 152.

¹¹⁰ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 153.

¹¹¹ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 158.

¹¹² Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 160.

Por fim, a radical unidade ontológica da pessoa observa-se a partir da *potência* e do *ato*, consoante a construção da ontologia clássica, de onde se extrai que a realidade ontológica da pessoa é unitária, sendo que o ato, ou perfeição, depende da potência, que é seu pressuposto.

As dimensões ou categorias da realidade humana concorrem na unidade ôntica do ser, e nesse sentido Diogo Costa Gonçalves, dando resposta à questão de o que é o homem, constrói o conceito de pessoa como “aquele ente que, em virtude da especial intensidade do seu ato de ser, autopossui a sua própria realidade ontológica, em abertura relacional constitutiva e dimensão realizacional unitiva”¹¹³.

Definido o que é o Homem, que é a pessoa, cabe definir seguidamente o conceito personalidade, que, de acordo com o mesmo autor, que ao responder à questão de quem é o Homem, conclui que “é o conjunto das qualidades e relações que determinam a pessoa em si mesma e em função da participação na ordem do ser, de forma única e singular”¹¹⁴.

2.3. A tutela da Personalidade

No ponto anterior, definiu-se a pessoa e a sua personalidade, o que ocorre no plano ôntico, e “uma vez fechado o círculo hermenêutico: da realidade ontológica para o sistema”¹¹⁵, é necessário “confrontar novamente o sistema com a realidade ontológica”¹¹⁶, i.e., determinar a juridicidade da realidade pessoal.

Deste modo, manifestam-se no plano jurídico a realidade pessoal com as seguintes três características: “a alteralidade, a exterioridade e o conteúdo ético”¹¹⁷.

A alteralidade assenta na afirmação *meu*, que pode significar a auto possessão ou a declaração de um direito quando proferida em intersubjetividade.

¹¹³ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 171.

¹¹⁴ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 175.

¹¹⁵ Diogo Costa Gonçalves, *Estudos de Direito da Bioética*, vol. II, Almedina, 2008, Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica, cit., pág. 129.

¹¹⁶ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 129

¹¹⁷ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 177.

Por sua vez, como declaração de um direito merece relevância jurídica quando incida sobre uma realidade externa ou externalizável, uma vez que “toda a realidade pessoal que existe, se manifesta e realiza sem *actiones exteriores*, sendo ontologicamente riquíssima, eticamente considerável e moralmente relevante não é, em absoluto, jurídica”¹¹⁸.

O conteúdo ético incide sobre as características ônticas de realização do Homem, e que assim sendo, serão merecedores de tutela “os elementos da personalidade que consubstanciem, desenvolvam ou facultem a plenitude ôntica da pessoa, a sua absoluta realização final”¹¹⁹.

Pelo exposto, aferimos as dimensões da realidade pessoal que se manifestam no plano jurídico, sendo estas, as realidades pessoais merecedoras de tutela, que correspondem às realidades consagradas na tutela dos direitos de personalidade.

Afirmamos, também, que a tutela dos direitos de personalidade, corresponde ao reconhecimento na ordem interna dos direitos fundamentais de personalidade. Assim sendo, é de reconhecer que os direitos de personalidade podem, também, apresentar intensidades variadas, à semelhança do que ocorre nos direitos fundamentais, pela distância ao núcleo inspirador.

Nos direitos de personalidade identifica-se “um *núcleo* e uma *periferia*”¹²⁰. O núcleo dos direitos de personalidade compreende os bens de personalidade com maior densidade axiológica, ou seja, os bens de personalidade relativos à existência física e moral da *persona*, na periferia localizam-se os bens de personalidade com menor densidade axiológica e passíveis de dimensão patrimonial.

Os direitos de personalidade nucleares encontram, genericamente, previsão no artigo 70.º do Código Civil, sendo que os direitos nucleares, respeitantes à existência moral do Homem, podem ser enumerados como, o direito à identidade pessoal, o direito à honra e o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada.

Estes direitos nucleares tutelam os “aspectos essenciais da dimensão relacional da pessoa”¹²¹, atendendo que o direito à identidade pessoal é fundamental para a auto-

¹¹⁸ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 177.

¹¹⁹ Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa e Ontologia*, cit., pág. 178.

¹²⁰ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 142.

¹²¹ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 143 e págs. 384 e ss.

possessão do indivíduo, na medida em que o sujeito depende do conhecimento das suas origens.

No direito à honra, a tutela intersubjetiva é inquestionável porquanto reflete a “perceção social da pessoa”¹²², visando a proteção da dimensão relacional constitutiva da mesma. Releva, que mesmo tratando-se de um direito suscetível de conflito de liberdades fundamentais, entende-se que existirá tutela da honra mesmo sobre factos verídicos, se inexistir interesse público que o justifique.

Já no direito à reserva da vida privada, que encontra previsão no artigo 80.º do Código Civil, a tutela intersubjetiva manifesta-se na medida que impede que o seu titular seja “objetivado nas relações sociais”¹²³, impondo, *erga omnes*, o dever de guarda dos factos da vida privada de outrem, conforme a extensão da reserva, determinada pelos comportamentos performativos¹²⁴ e possíveis negócios limitativos da personalidade.

Os comportamentos performativos permitem uma melhor aplicação da teoria das esferas¹²⁵, na medida em que através dele se identifica a esfera em causa e desse modo, a respetiva tutela. Neste sentido, Menezes Cordeiro identifica cinco esferas, a saber, a esfera pública, a individual-social, a privada, a secreta e a íntima.

Intimamente associado ao direito à honra e à reserva da vida privada, surge o direito ao esquecimento, que mereceu previsão no artigo 17.º do RGPD. Contudo, e no seguimento do supra defendido, este direito ao esquecimento não se trata de um direito de personalidade autónomo¹²⁶, correspondendo, segundo Diogo Costa Gonçalves, “a uma dimensão axiológica de outros bens de personalidade que consubstanciam a integridade moral dos sujeitos”¹²⁷.

Reconhecendo que não se trata de um direito autónomo, no seguimento do que vimos supra, quando analisamos o regime do RGPD, não concordamos inteiramente com Diogo Costa Gonçalves, quanto a tratar-se de uma manifestação de outros direitos de personalidade, pelo que defendemos, que o direito ao esquecimento, corresponde a uma

¹²² Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 143 e págs. 395 e ss.

¹²³ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 143 e págs. 387 e ss.

¹²⁴ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, págs. 387 e ss.

¹²⁵ De acordo com a teoria das esferas, Menezes Cordeiro, *Tratado Direito Civil*, IV, 4ª Edição, 2016, págs. 261 e ss.

¹²⁶ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, págs. 387, remetendo para António Menezes Cordeiro, *Tratado Direito Civil*, IV, 5.ª ed, pág. 279.

¹²⁷ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 417.

situação ativa de vantagem, compreendida no direito subjetivo de proteção de dados pessoais, resultando a manifestação dos direitos de personalidade da relação de inerência entre o dado pessoal e o direito de personalidade nele representado, como abaixo veremos em maior pormenor.

Compulsado o Código Civil, verificamos que a maioria dos direitos aí consagrados correspondem aos direitos de personalidade periféricos, i.e., direitos especiais de personalidade com menor densidade axiológica e com possível identificação patrimonial, sendo exemplos disso, o direito ao nome, previsto no artigo 72.º, o direito à imagem, previsto no artigo n.º 79.º, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os direitos laborais de personalidade, entre outros.

Atentando no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, pode-se afirmar que este visa a proteção da *dimensão realizacional unitiva*, tutelando o desenvolvimento pessoal segundo as concessões do titular da personalidade, impedindo, por isso, que seja imposto o desenvolvimento segundo padrões ou conceções externas¹²⁸.

À semelhança do que acontece no direito à honra, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade visa a proteção da personalidade moral do Homem, apresentando, contudo, uma menor proximidade ao núcleo, não estando em causa a auto-posseção, a ipseidade e a relação, mas sim a liberdade da evolução do Homem, a dimensão realizacional da persona ou, se quisermos, o seu *livre arbítrio*.

Defendemos, assim, que a tutela subjetiva da personalidade é configurada pelos direitos especiais de personalidade, na esteira de Diogo Costa Gonçalves¹²⁹ e António Menezes Cordeiro¹³⁰, que advogam essa teoria, divergindo da teoria da tutela geral da personalidade, defendida na sua maioria pela escola de Coimbra¹³¹.

A escola de Coimbra defende que a previsão do artigo 70.º do Código Civil é a consagração de um direito geral de personalidade, considerado direito fundamental

¹²⁸ Neste sentido, Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, págs. 7 e ss. e Mafalda Miranda Barbosa/ Tomás Prieto Álvares, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*.

¹²⁹ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, págs. 138 e ss.

¹³⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, págs. 107 e ss.

¹³¹ Nesse sentido, Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, págs. 33 e ss., Mafalda Miranda Barbosa/ Tomás Prieto Álvares, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, págs. 31 e ss.; Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, GESTLEGAL, 4.ª ed, 2021, pág. 265, e Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2019, págs. 61 e ss.

material¹³², que visa a proteção de personalidade no seu todo, permitindo a tutela de novos bens de personalidade capazes de fazer “face a novas ameaças à pessoa humana”¹³³, justificando as restantes previsões de direitos de personalidade, consagradas nos artigos 71.º e seguintes do Código Civil, como direitos distintos, resultantes de “decorrências ou projeções da personalidade em diversas áreas”¹³⁴.

Não acompanhamos a exposta posição, desde logo, por motivos históricos. A tutela geral da personalidade tem origem germânica, ordenamento em que o reconhecimento dos concretos direitos de personalidade ocorreu jurisprudencialmente, contrariamente ao que se verifica no ordenamento português, onde os direitos de personalidade, desde o Código Seabra, foram normativamente tipificados.

Além do elemento histórico, quanto à aplicação, o direito geral de personalidade, “mostra mais fragilidades”¹³⁵, sendo que “a elevada tecnicidade associada à figura do direito subjetivo convive mal com a acentuada indefinição do objeto da posição jurídica em causa”¹³⁶.

Nesta senda, a previsão do artigo 70.º do Código Civil tem como propósitos a contextualização e a sistematização, constituindo o “fundamento jurídico-positivo do reconhecimento de direitos de personalidade atípicos”¹³⁷, ou seja, direitos especiais de personalidade atípicos.

Ainda quanto a este reconhecimento, serão unicamente reconhecidos como direitos especiais de personalidade atípicos, os direitos que visem bens de personalidade com “acentuada densidade ético-jurídica”¹³⁸, de acordo com uma “uma concreta visão antropológica”¹³⁹, nos termos supra defendidos.

Como referido anteriormente, os direitos fundamentais no plano jurídico-subjetivo, são normas consagradoras de direitos subjetivos, pelo que, os direitos especiais de

¹³² Mafalda Miranda Barbosa/ Tomás Prieto Álvares, *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*, pág. 46.

¹³³ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, cit., pág. 35.

¹³⁴ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, cit., pág. 35

¹³⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, 4.ª ed, 2016, cit., pág. 109.

¹³⁶ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 141.

¹³⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, IV, 4.ª ed, 2016, cit., pág. 109.

¹³⁸ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 141.

¹³⁹ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 141, no mesmo sentido José Oliveira Ascensão, *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/>.

personalidade se referem aos direitos subjetivos reconhecidos no plano infraconstitucional.

Consideramos, por isso, que a tutela dos direitos de personalidade é efetivada através do reconhecimento de direitos subjetivos de personalidade. Nesse sentido, em momento anterior nesta dissertação, enunciamos a definição de direito subjetivo, defendida por Menezes Cordeiro, como a *permissão normativa específica de aproveitamento de um bem*, definição essa que, aqui chegados, merece reflexão.

Sucintamente, Menezes Cordeiro, no estudo publicado sobre as origens do direito subjetivo, que tem natureza civil, começa por referir que “O Direito civil surge como o ponto de encontro entre a onticidade histórica do Direito, marcada por sortilégios culturais e a racionalidade que, dando previsibilidade às soluções dos casos, confere, ao Direito, a sua natureza científica”¹⁴⁰, contextualizando que a ideia de direito subjetivo foi “criada por Acúrsio”¹⁴¹ e que, posteriormente, “os jusracionalistas e o *usus modernus* acolheram e desenvolveram o direito subjetivo”¹⁴² a partir da definição avançada por Hugues Doneau, que apresentou o direito subjetivo como “*facultas e potestas*”¹⁴³, i.e., a faculdade¹⁴⁴ e o poder¹⁴⁵ sobre o bem jurídico em causa.

Importa, por isso, mencionar que para a evolução alcançada pela ciência jurídica na definição de direito subjetivo, que “corresponde a uma situação jurídica compreensiva: dado pela História e pela cultura do Direito”¹⁴⁶, concorreram especialmente três teorias¹⁴⁷, a teoria da vontade defendida por Savigni¹⁴⁸, a teoria do interesse defendida por Jhiering¹⁴⁹, e uma teoria mista, com características de ambas as anteriores, defendida por

¹⁴⁰ António Menezes Cordeiro, Revista de Direito Civil, Year VIII, Almedina, 2023, *Nas origens da propriedade e do direito subjetivo: de Roma ao usus modernus*, Cit., pág., 476.

¹⁴¹ António Menezes Cordeiro, *Nas origens da propriedade e do direito subjetivo* citação 90: Acúrsio, *Institutiones/Glosa ordinaria* (anterior a 1234), 4.6.pr.; foi consultada a ed. de Mainz (1468), fl. 178: *actio est ius*; o direito (subjetivo) é a *causa* da *actio*. Referimos, ainda, o clássico de Ernst Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum/Rechts und Dogmengeschichtliche Untersuchung* (1883), XXI + 348 pp., 82 ss..

¹⁴² António Menezes Cordeiro, *Nas origens da propriedade e do direito subjetivo*, Cit., pág., 492.

¹⁴³ António Menezes Cordeiro, *Nas origens da propriedade e do direito subjetivo*, Cit., pág., 492, citando Hugo Donellus, *Commentatorium de jure civile* (a partir de 1565), Lib. I, Cap. I, § 2-7 = *Opera omnia*, ed. Roma, 1828, 3-6; *idem*, Lib. XII, Cap. I, § 1 = *Opera omnia*, ed. Macerata, 1829, 412-414.

¹⁴⁴ Fernanda Carrilho, *Dicionário de Latim Jurídico*, Almedina, 3.ª ed, 2020, pág. 165

¹⁴⁵ Fernanda Carrilho, *Dicionário de Latim Jurídico*, pág. 366

¹⁴⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., pág. 871.

¹⁴⁷ Manuel Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, imprensa FDUL, 2020, pág. 19.

¹⁴⁸ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, págs. 873 e ss.

¹⁴⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, págs. 875 e ss.

Regelsberger¹⁵⁰. Já no século XX identificam-se as doutrinas negativistas, protecionistas e neo-empíricas¹⁵¹, dando, por fim, lugar ao pensamento da escola jurídico-formal¹⁵².

Elaborada esta pequena resenha, que evidência o vasto e controverso pensamento desenvolvido nesta matéria, atentaremos nos ensinamentos de Manuel Gomes da Silva¹⁵³, que influenciaram a doutrina da escola de Lisboa, nomeadamente, a doutrina desenvolvida por Menezes Cordeiro, tendo definido o direito subjetivo como a “afecção jurídica dum bem à realização dum ou mais fins de pessoas individualmente consideradas”¹⁵⁴.

Mais tarde, Menezes Cordeiro, referindo como crítica que a fórmula de Gomes da Silva, “não teve em conta o nível significativo-ideológico da jussubjetificação”¹⁵⁵, ou seja, a liberdade e a sua integração na ordem jurídica, avança a definição aqui já preconizada, “permissão normativa específica de aproveitamento de um bem”¹⁵⁶, contendo o significado-ideológico e a ligação ao caso concreto.

Com base na mesma crítica de “objetivação do direito subjetivo”¹⁵⁷, outra posição surge, a de Castro Mendes, que, complementando a definição preconizada por Gomes da Silva, define direito subjetivo como uma “posição pessoal de vantagem resultante da afecção jurídica de um bem”¹⁵⁸.

Integrando os elementos nucleares de todas as posições enumeradas, pronuncia-se Oliveira Ascensão que adota a definição de “uma posição concreta de vantagem, de pessoas individualmente consideradas, resultante da afecção de meios jurídicos para permitir a realização de fins que a ordem jurídica aceita como dignos de protecção”¹⁵⁹, integrando a autodeterminação defendida por Savigny, a tutela do interesse defendida por Jhering, e a afecção jurídica ao fim das pessoas, defendida por Gomes da Silva.

Mais recentemente, Diogo Costa Gonçalves, revendo-se na posição de Oliveira Ascensão, propõe como definição, a “posição de vantagem que permite ao seu titular o

¹⁵⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, págs. 878 e ss.

¹⁵¹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, págs. 882 e ss.

¹⁵² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, págs. 888 e ss.

¹⁵³ Manuel Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, págs. 49 e ss.

¹⁵⁴ Manuel Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, cit., pág. 52.

¹⁵⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., pág. 895.

¹⁵⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, cit., pág. 893.

¹⁵⁷ José Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, III, 2002, cit. pág. 69

¹⁵⁸ José Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, III, 2002, cit. pág. 69.

¹⁵⁹ José Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, III, 2002, cit. pág. 79.

aproveitamento de certo bem”¹⁶⁰, divergindo de Menezes Cordeiro¹⁶¹ quanto ao elemento normativo da definição, *aproveitamento de um bem*, considerando que o ponto de partida é a situação jurídica e não a norma.

Concretiza o autor que a posição de vantagem corresponde a uma posição individual e concreta, de autodeterminação fática e axiológica, encontrando-se a natureza ética e teleológica na natureza do bem que se aproveita, posição esta, que aqui se sufraga.

Por forma a concluir a caracterização dos direitos subjetivos, importa mencionar que os mesmos são situações jurídicas complexas, que compreendem várias situações ativas de vantagem.

Foi mencionado que a tutela dos direitos de personalidade pode encontrar diferentes intensidades, conforme o direito em causa e o caso concreto, obstando a uma classificação absoluta dos direitos de personalidade. Pode, contudo, ser reconhecida uma “classificação tipológica”¹⁶², enquanto classificação gradativa, por oposição à anterior classificação binária.

Assim, quanto às classificações tradicionais da não-patrimonialidade e indisponibilidade, podemos afirmar, antes de mais, que nos direitos de personalidade nucleares, serão tendencialmente absolutas, mas, podemos verificar o inverso nos direitos de personalidade periféricos, pelo que podemos concluir que serão tendencialmente absolutas, quanto maior a sua proximidade ao núcleo, e o inverso, quanto maior o afastamento do núcleo mais se verifica a disponibilidade e a patrimonialidade.

De referir, que quando nos referimos a disponibilidade, fazemo-lo no sentido da limitação voluntária dos direitos de personalidade, uma vez que, os bens de personalidade, pela sua natureza pessoal e intrínseca à pessoa humana, são indisponíveis quanto à sua titularidade.

¹⁶⁰ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 129.

¹⁶¹ Sem prejuízo do referido, o autor ao referir que a responsabilidade civil aquiliana incide sobre direitos subjetivos, reconhece que “às pessoas são confiadas posições de vantagem que lhes permitem o específico aproveitamento de certos bens”, in António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 451.

¹⁶² Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 152.

2.4. Limitação voluntária dos direitos de personalidade

Como vimos, os bens de personalidade são indisponíveis quanto à sua titularidade, merecendo tutela através dos direitos subjetivos especiais de personalidade, sendo que o titular do direito pode também ser objeto desse direito¹⁶³, significando que inexistente uma situação de vantagem quando o titular pretende, no exercício da autonomia privada, limitar voluntariamente o seu direito de acordo com comportamentos performativos ou negócios limitativos da personalidade, de forma que atente contra o “núcleo ético intangível”¹⁶⁴ dos correspondentes bens de personalidade.

Nas restantes situações, o titular dos bens tem a faculdade de limitar voluntariamente os direitos de personalidade, nos termos do artigo 81.º do Código Civil, sendo consagrada no n.º 1 do preceito uma regra geral de nulidade, caso a limitação voluntária seja contrária aos princípios da ordem pública e, no n.º 2 do mesmo artigo, foi consagrada a livre revogabilidade da limitação, prevendo a possível indemnização se ocorrerem prejuízos por legítimas expectativas da contraparte.

Referimos que no n.º 1 do artigo 81.º do Código Civil, se encontra prevista a nulidade da limitação dos direitos de personalidade se esta for contrária à ordem pública, pelo que, determina a “indexação da tutela da personalidade à ordem pública”¹⁶⁵, que ocorre, atendendo que o núcleo ético intangível da tutela da personalidade integra a ordem pública¹⁶⁶.

Cabe neste sentido atentar na natureza da limitação dos direitos de personalidade, e para tal, podemos apontar como classificações a conformação, o consentimento e o acordo, propostas por Paulo Mota Pinto¹⁶⁷, reconhecendo-se a sua “utilidade analítica”¹⁶⁸, sem prejuízo de assinalarmos a crítica formulada por Pedro Pais Vasconcelos, que refere que “o critério da classificação reside no conteúdo negocial do consentimento ou da

¹⁶³ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, pág. 128 ss., e Manuel Gomes da Silva, *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, pág. 49, Paulo Mota Pinto, pág. 695.

¹⁶⁴ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 298.

¹⁶⁵ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 300.

¹⁶⁶ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 300, citando Vaz Serra, *Objeto da Obrigação*, cit., 135-136, e no mesmo sentido Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, pág. 703 e ss.

¹⁶⁷ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, págs. 687 e ss., no mesmo sentido Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 302.

¹⁶⁸ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 304.

limitação”¹⁶⁹ uma vez que o “âmbito de licitude fixado no n.º 1 do artigo 81.º, é demasiado rico para ser aprisionado em três classes”¹⁷⁰.

Relativamente à conformação, remetemos para as considerações anteriormente proferidas quanto aos comportamentos performativos, em que a limitação voluntária “recorta o conteúdo do bem jurídico”¹⁷¹, que se verifica nas situações em que partindo da situação de facto, tendo em conta os referidos comportamentos performativos, se verifica a não existe tutela jurídica, sendo ainda de incluir na conformação as situações de não reação, no plano jurídico, pelo titular do direito violado¹⁷².

Merece, assim, atenção, a distinção entre o consentimento do titular na lesão do direito e o acordo que exclui a lesão.

Segundo Paulo Mota Pinto¹⁷³, admite-se como consentimento, unicamente, o consentimento tolerante, nos termos do n.º 1 do artigo 340.º do CC, que prevê a licitude da lesão pelo consentimento, decorrendo a limitação do acordo celebrado, com os limites impostos pela ordem pública, e nos termos do artigo 280.º do CC, nas situações em que o titular do direito, ao tolerar a conduta em causa, consente a mesma, constituindo “uma simples causa de justificação”¹⁷⁴ da agressão ao direito.

Situação diversa ocorre na conformação, em que a situação jurídica não merece tutela por via dos comportamentos performativos do titular, sejam estes por ação ou pela inação no plano jurídico, existindo a aceitação da lesão, cujo efeito jurídico é a licitude da ação¹⁷⁵.

No entanto, divergimos do entendimento de Paulo Mota Pinto, que, no plano jurídico, a inação do titular do direito de personalidade lesado, referente a um bem jurídico que não se encontra *recortado*, corresponde à conformação, considerando que, não se pode sufragar que o silêncio do lesado possa corresponder à limitação do direito na medida do

¹⁶⁹ Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, cit., pág. 154.

¹⁷⁰ Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, cit., pág. 154.

¹⁷¹ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 301.

¹⁷² Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, pág. 687.

¹⁷³ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, págs. 687 e ss., no mesmo sentido Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 302, e Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 206.

¹⁷⁴ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, cit., pág. 691, 708, em que a tolerância da lesão não corresponde à atribuição de um poder de lesão conferido ao lesante, mas sim uma causa justificante da lesão, dando como exemplo a intervenção cirúrgica; no mesmo sentido Orlando de Carvalho, *Teoria Geral do Direito Civil*, págs. 204 e ss.

¹⁷⁵ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, pág. 301.

seu recorte, atendendo, desde logo, ao desvalor jurídico do silêncio, nos termos do artigo 218.º do Código Civil.

Defende assim o autor que, as restantes situações jurídicas de limitação dos direitos de personalidade, ocorrem pela celebração de negócio jurídico, não se aplicando as referidas previsões do artigo 340.º do Código Civil, i.e., que o consentimento na limitação do direito de personalidade, atendendo o conteúdo do próprio direito, tem a natureza de acordo, cuja consequência jurídica é a exclusão do dano provocado, através da exclusão da tipicidade da conduta, não sendo, por isso, uma causa excludente da ilicitude.

De referir, que estes negócios limitativos podem ser celebrados de forma unilateral ou contratual, sendo o objeto do negócio limitativo o respetivo direito de personalidade, impondo a aplicação do regime relativo a esse direito.

Atendendo à natureza de acordo defendida pelo autor, este celebrar-se-á mediante declaração da vontade do respetivo titular, subsumível ao princípio da liberdade declarativa, previsto no n.º 1 do artigo 217.º do Código Civil, e ao princípio da liberdade de forma, previsto no artigo 219.º do mesmo diploma, podendo ocorrer de forma expressa ou tácita, “por um comportamento concludente”¹⁷⁶, interpretado segundo os critérios gerais de interpretação da declaração negocial, efetuado com “especial atenção”¹⁷⁷ atendendo à natureza pessoal dos interesses em causa.

Aferimos, anteriormente, a característica da patrimonialidade dos direitos de personalidade, ao afirmarmos que a sua verificação ocorria nos direitos de personalidade mais distantes do núcleo, característica essa que importa para a distinção entre “consentimento autorizante”¹⁷⁸ e “consentimento vinculante”¹⁷⁹.

A distinção nuclear entre o consentimento tolerante e os consentimentos autorizante e vinculante reside na atribuição de um poder jurídico de agressão à contraparte negocial, característica destes últimos.

¹⁷⁶ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, cit., pág. 693.

¹⁷⁷ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, cit., pág. 694.

¹⁷⁸ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, cit., pág. 709, no mesmo sentido Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, págs. 302 e ss.

¹⁷⁹ Paulo Mota Pinto, *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais*, cit., pág. 711, no mesmo sentido Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, págs. 302 e ss.

Já entre o consentimento tolerante e o consentimento vinculante a distinção assenta nas consequências jurídicas do exercício da livre revogabilidade da limitação voluntária dos direitos de personalidade, prevista nos termos do n.º 2 do artigo 81.º do Código Civil.

Para permitir uma melhor compreensão, necessitamos de atentar na natureza da livre revogabilidade, como a “expressão máxima da dimensão ético-jurídica da tutela da personalidade”¹⁸⁰, sendo o regime que permite a recuperação da plena tutela, e ainda de reconduzir as *legítimas expectativas*, a que se refere o n.º 2 do referido artigo, à tutela da confiança da contraparte no negócio limitativo da personalidade.

Concretizando, na distinção entre o consentimento autorizante e o consentimento vinculante, importa determinar a presença da tutela da confiança¹⁸¹ da contraparte, pela verificação da expectativa gerada pelo titular do direito, do não exercício do direito à livre revogação do consentimento.

Deste modo, na esteira de Diogo Costa Gonçalves¹⁸², defendemos que existirá tutela da confiança, e desse modo, obrigação de indemnizar a contraparte, nas situações em que o titular do direito presta consentimento vinculante, gerando por isso legítimas expectativas do não exercício do direito da livre revogabilidade, gerando a obrigação de indemnizar, sendo o *quantum* apurado na medida do interesse geral negativo¹⁸³.

Sem prejuízo do suprarreferido, importa esclarecer que o negócio jurídico limitativo da personalidade contratual não configura “um tipo negocial autónomo”¹⁸⁴, vinculando-se as partes às obrigações nos termos estipulados, segundo o princípio da autonomia privada, e nos limites impostos pela lei.

Assim, tratando-se de um negócio, “fazem surgir a cargo de cada interveniente, regras próprias que devam ser cumpridas e que possam ser violadas, independentemente umas das outras”¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 304.

¹⁸¹ Sobre este ponto, Maria de Lurdes Pereira, *Direito da Responsabilidade Civil: A obrigação de indemnizar*, págs. 385 e ss.

¹⁸² Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, pág. 305.

¹⁸³ Deste modo recusamos a posição adotada por Paulo Mota Pinto que defende a obrigatoriedade de indemnizar de acordo com o interesse geral negativo nos casos de consentimento autorizante e com base do interesse geral positivo nos casos de consentimento vinculante, Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., págs. 709 e ss.

¹⁸⁴ Diogo Costa Gonçalves, *Lições de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 298.

¹⁸⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, II, 4.ª ed., cit., pág. 91.

Podemos, ainda, caracterizar este negócio jurídico como sinalagmático e tendencialmente monovinculante. Sinalagmático uma vez que a celebração do negócio exige declarações de ambas as partes, e tendencialmente monovinculante, uma vez que só a contraparte fica vinculada ao cumprimento das cláusulas contratuais, sejam obrigações pecuniárias ou obrigações acessórias, isto porque, como vimos, o titular do direito subjetivo especial de personalidade não fica vinculado à manutenção do consentimento de limitação dos respetivos direitos de personalidade. Ressalva-se que, no caso de serem estipuladas obrigações do titular do direito de personalidade, o contrato será, naturalmente, bivinculante.

A caracterização contratual formulada, além de sustentar que a livre revogação da limitação do direito só é potencialmente apta a gerar indemnização pelo interesse contratual negativo, uma vez que não se poderá reconhecer à tutela da confiança a mesma tutela que é reconhecida ao incumprimento contratual.

2.4. Relação entre os direitos de personalidade e o direito à proteção dos dados pessoais

Em momento anterior avançamos que o direito da proteção de dados pessoais dependia de uma representação mecânico-digital do ser humano, importando agora, em articulação com os direitos de personalidade, formular uma definição competente.

Vimos com o detalhe adequado a definição de dado pessoal, podendo reconduzir-se a um *ficheiro*, na terminologia do RGPD, referente a uma pessoa.

Também com o necessário detalhe, fomos capazes de definir pessoa, bem como as suas dimensões éticas merecedoras de tutela jurídica.

Conseguimos, também, precisar que no direito da proteção de dados são consagrados dois regimes, resultantes da consagração das regras de conduta dos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, podendo estas gerar responsabilidade por ilícito de mera ordenação social, ou responsabilidade civil pelos danos causados na esfera jurídica do respetivo titular dos dados pessoais.

Podemos, assim, reconhecer a existência de direitos objetivos de proteção de dados pessoais, relativo às normas de conduta, e o direito subjetivo da proteção de dados pessoais, do qual decorrem posições de vantagem do respetivo titular.

Podemos indicar, aquela que se aparenta como a posição de vantagem mais relevante, sendo essa, o direito ao esquecimento, previsto no artigo 17.º do RGPD, direito este, caracterizado, supra, na esteira de Diogo Costa Gonçalves, como não autónomo, sendo uma manifestação do direito à honra e à reserva da vida privada.

Contudo, não cremos que o direito ao esquecimento, seja uma mera manifestação dos direitos de personalidade, pois segundo essa construção, a posição de vantagem do titular, permitiria reagir por forma a que o direito à honra ou à integridade física não fossem novamente agredidos.

Somos por isso, de entender, que, à semelhança do direito à livre revogação da limitação voluntária dos direitos de personalidade, em causa está, a situação de vantagem de recuperação plena da tutela da personalidade como *expressão máxima da dimensão ético-jurídica da tutela da personalidade*.

Assim será, sobe pena de negarmos a plenitude máxima da tutela da personalidade aos titulares que conformaram os direitos de personalidade mediante comportamentos performativos, o que corresponderia à admissibilidade da disposição da titularidade dos bens de personalidade. Termos em que, à semelhança do direito à livre revogação da limitação voluntária, estamos perante um direito instrumental dos direitos de personalidade.

Atentando no direito subjetivo da proteção de dados pessoais, podemos caracterizá-lo como um direito relativo, por oposição a absoluto, gerando-se a posição de vantagem pelo surgimento do dano resultante da violação das normas do Regulamento, nos termos do artigo 82.º do RGPD, vejamos:

Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos.

Sendo que, nos termos estatuídos, o facto jurídico que gera a posição de vantagem é o dano provocado pela violação das normas consagradas no RGPD, importa a determinação do referido dano por forma a ser reconhecida a posição de vantagem.

Contudo, é de reconhecer que violação do dado, em si, não gera dano na esfera jurídica do titular, estando necessariamente em causa os danos *personais* a que os dados dizem respeito, impondo-se, desse modo, o recurso ao direito interno, conforme supra defendido, por forma a determinar a existência e a extensão dos danos pessoais, ou seja, a existência de danos provocados por violação de direitos de personalidade.

Conforme já nos pronunciamos, são aptos a gerar danos numa esfera jurídica, os comportamentos de terceiros que violem direitos subjetivos especiais de personalidade, sendo estes, aqueles que apresentam dimensão ético-jurídica.

Importa, assim, determinar os bens de personalidade que são aptos a despoletar a tutela do direito da proteção de dados pessoais. Estes, serão *prima facie*, os bens de personalidade relativos à personalidade moral da *persona*, e entre estes, os bens de personalidade passíveis de representação mecânico-digital, que aqui, sem prejuízo de outros, identificamos como a imagem e a reserva da vida privada.

Pelo exposto, parece-nos evidente de que o direito da proteção de dados pessoais tem como característica a inerência aos referidos direitos subjetivos especiais de personalidade.

Assim, podemos concluir que o direito à proteção de dados pessoais, é o direito subjetivo relativo ao bem jurídico, dados pessoais, sendo este a representação mecânico-digital de um bem de personalidade representável.

IV. Responsabilidade Civil

Em vários momentos anteriores fizemos referência ao instituto da responsabilidade civil, pelo que, chegado é o momento de atentarmos no referido instituto.

Previamente enunciamos o princípio *casum sentit dominus*, i.e., a “regra básica”¹⁸⁶ segundo a qual, os danos são suportados pela esfera jurídica em que ocorrem, fazendo correr por sua conta o risco do desaparecimento da sua vantagem¹⁸⁷.

¹⁸⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 4.^a ed., cit., pág. 979.

¹⁸⁷ Elsa Dias de Oliveira, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*, cit., pág. 11.

Desse modo, encontram-se consagradas no direito, duas formas de justiça distributiva, sendo *ubi commoda e ibi incommoda*¹⁸⁸, correspondendo às situações em que o dano é suportado pela esfera jurídica em que se repercutem, e em que é suportado por distinta esfera jurídica, respetivamente.

Surge, assim, responsabilidade civil quando o dano é imputado a uma esfera jurídica distinta daquela em que se refletem, ocorrendo, desse modo, o desvio à regra.

Assim, esse desvio à regra, ocorre nas situações fáticas juridicamente relevantes, gerando essas, títulos de imputação. Estes títulos de imputação podem ser ordenados, em três categorias¹⁸⁹, a saber:

I. A imputação por facto ilícito ou por incumprimento:

Ocorre esta imputação nas circunstâncias em que um comportamento ilícito e culposo, viole um direito ou disposição destinada a proteger interesses, podendo adotar a forma de responsabilidade obrigacional ou responsabilidade delitual.

II. A imputação pelo risco:

A responsabilidade civil pelo risco ocorre, independentemente da ilicitude, através da imputação legal de danos a determinada esfera jurídica da eventualidade de danos ocorridos em esfera jurídica distinta.

III. A imputação por facto lícito ou pelo sacrifício:

Quando uma situação fática corresponde a uma conduta lícita, que ainda assim provoca danos numa esfera jurídica distinta da do autor da conduta.

Aqui atentaremos na categoria de imputação por facto ilícito ou pelo incumprimento, uma vez que, na presente dissertação, abordamos as situações fáticas passíveis de atentar contra os direitos de personalidade, o direito de proteção dos dados pessoais e o incumprimento das obrigações estipuladas nos negócios limitativos da personalidade, correspondendo, como seguidamente veremos em pormenor, à responsabilidade de civil delitual e obrigacional.

¹⁸⁸ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, cit., pág. 420; Luís de Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., pág. 53.

¹⁸⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, 4.^a ed., pág. 983 e ss.

Para tanto, iremos efetuar uma resenha histórico-evolutiva do instituto, abordando os desafios interpretativos e, por fim, adotar a posição que no nosso entender oferece a melhor resposta hodierna.

1. Origem e evolução

O instituto da responsabilidade civil conhece as suas origens no direito romano, que sem prejuízo do seu reconhecimento em momento anterior, se podem extrair das previsões constantes na Lei das XII Tábuas¹⁹⁰, ou Lex Duodecim Tabularum, datada de meados do século V a.C., cerca de 450 a.C.¹⁹¹.

Na Tábua III¹⁹² é regulada a responsabilidade obrigacional, com a seguinte previsão:

“TABULA III

DE AERE COFESSO REBUS QUE IURE IUDICATIS

(do procedimento em caso de confissão ou condenação)

1. Nas dívidas (de dinheiro), confessadas em juízo, e julgadas judicialmente, conceda-se ao devedor 30 dias (prazo legal) para pagar.
2. Decorrido esse prazo (30 dias) tenha lugar a *manus injectio* e seja (o devedor) conduzido a juízo (ao tribunal).
3. Se o réu não cumpre a sentença, nem apresenta um fiador, leve-o consigo o credor, amarrado com uma corda, ou com uma corrente nos pés não inferior a 15 libras, ou mais, se o credor assim entender.
4. Se (o réu) quiser, viva do que é seu, se não, o que o tiver preso, lhe dê uma libra de farinha (pão) todos os dias, ou mais, se quiser.
5. Havia, também, o direito de transigir. Se não houvesse acordo, o réu era levado preso por um período de 60 dias. Durante esse tempo, era levado a três feiras públicas consecutivas ao *comitium* onde proclamaria em voz alta a quantia pela qual estava preso.
6. Na terceira feira, cortem ou dividam. Se cortarem mais, ou menos, não seja considerado fraude.”¹⁹³.

¹⁹⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, 1.ª ed., 2016, pág. 293 e ss.

¹⁹¹ Fernanda Carrilho, *A Lei das XII Tábuas*, Almedina, 2008, pág. 5.

¹⁹² Fernanda Carrilho, *A Lei das XII Tábuas*, págs. 39 e ss..

¹⁹³ Fernanda Carrilho, *A Lei das XII Tábuas*, cit., págs. 39 e 41.

Já na Tábua VIII¹⁹⁴ era regulada a responsabilidade pela violação dos, estritamente tipificados, “*delicta primitivos*”¹⁹⁵, que contemplavam, sem separação, a responsabilidade civil extracontratual e penal, que foram posteriormente paulatinamente autonomizadas, de acordo com a seguinte previsão:

“TABULA VIII

DE DELICTIS

(Dos Delitos)

1. a) Todo aquele que dissesse canções difamatórias seria condenado à pena capital
b) Como as nossas XII Tábuas, castigassem poucas coisas com pena de morte, decidiram incluir nelas o seguinte: se alguém cantasse, ou compusesse uma canção que difamasse ou provocasse a desonra de outro (sofreria esta pena).
2. Se alguém destruir um membro a outro, e não chegar a acordo com o mutilado, sofra a *Lei de Talião*.
3. A acção de injúrias ou é legítima, ou honorária. Legítima pela *Lei das XII Tábuas*: “quem causar injúria a outro, sofra uma pena de 25 sestércios, ou asses”; que foi a lei geral. Houve outras especiais, como esta: “Se alguém fracturou com a mão, ou com um bastão, um osso ou a outro, sofra uma pena de 300 asses se (o ofendido) for um homem livre, e 150 asses se for um escravo.
4. Se comete injúria a outrem, incorrerá numa pena de 25 asses.
5. Reparai o dano...
6. Se se disser que um animal quadrúpede causou dano, a acção procede da *Lei das XII Tábuas*, a qual diz que se entregue aquele que prejudicou, isto é, o animal que cometeu o dano, ou se ofereça a estimação do prejuízo.
7. Se o fruto de uma árvore cai num fundo meu, e ei deixo o gado pastar, (o dono) não o poderá reclamar, segundo a *Lei das XII Tábuas*, nem por acção de pastoreio de gado porque não pasta no que é teu, nem pela acção de empobrecimento
8. a) Aquele que atrair por encantamento...
b) ou tirar frutos do campo de outro (através de recurso à magia), será castigado com pena capital.
9. A um adulto por pastar ou ceifar, de noite, os frutos obtidos pelo trabalho de arado, a *Lei das XII Tábuas* punia com pena de morte e ordenava que morresse enforcado por oferenda a Ceres, se era jovem, segundo o arbítrio do pretor, era condenado a sofrer açoites e pagar o dobro do prejuízo causado.
10. Aquele que atear fogo a um edifício, ou a um depósito de trigo, junto a uma casa, se o tivera feito de uma forma consciente e deliberadamente, manda-me que, depois de ateadado e açoitado, seja queimado; se, por outro lado, o fez acidentalmente, isto é, por negligência, manda-me reparar o dano e, se não o puder fazer, seja castigado de uma forma mais leve. (...)”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Fernanda Carrilho, *A Lei das XII Tábuas*, págs. 73 e ss..

¹⁹⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág., 294.

¹⁹⁶ Fernanda Carrilho, *A Lei das XII Tábuas*, cit., págs. 73 e ss..

Outro diploma relevante foi o plebiscito, *lex aquilia de damno*¹⁹⁷⁻¹⁹⁸, “provavelmente a lei mais importante da Humanidade”¹⁹⁹, que revogando leis antecedentes que regularam fragmentariamente a matéria aqui em apreço, consagra a responsabilidade civil extracontratual, por morte ou outros danos provocados a escravos, ou animal quadrúpede, evoluindo face à formulação da *Tabula VIII*, em suma, a génese da responsabilidade aquiliana.

O *corpus iuris civilis*²⁰⁰, ou “obra codificadora de justiniano”²⁰¹, “elaborado entre 528 e 534”²⁰² e cuja primeira edição completa, com Código, Digesto, Instituições e Novelas, remonta ao século XVI²⁰³, constitui também um marco, a partir do qual o “Direito passa a ter como fonte exclusiva a lei”²⁰⁴. Nas suas quatro partes manteve-se a distinção entre a responsabilidade obrigacional e a responsabilidade extracontratual, esta última, ainda relativa aos *delicta* formalmente tipificados.

A responsabilidade civil romana informava-se em três pressupostos²⁰⁵, o *delictum*, a *iniura* e a *culpa* ou *dolus*, i.e., o facto, a ilicitude e a culpa, respetivamente.

O *delictum* ou facto, ao tempo da lei das XII Tábuas, segundo o pensamento histórico-jurídico, contemplava o facto e a causalidade, de forma totalmente objetiva, embora já aí se admitisse negligência²⁰⁶, já no *corpus iuris civilis*, era designado facto ilícito, sendo este público ou particular.

Após a *lex aquilia*, impunha-se que o facto tutelado pelo direito, fosse praticado com *iniura*, significando ilicitude e, mais tarde, nos finais do período republicano, o facto

¹⁹⁷ *Lex aquiliana*, plebiscito, rogado pelo tribuno da plebe, Aquilius, cuja data exata se desconhece, mas vários estudos sustentam ser contemporânea da *lex hortensia*, localizada entre 289 e 286 A.C., em: António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág., 295.

¹⁹⁸ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 295.

¹⁹⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 296.

²⁰⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 299-300.

²⁰¹ Eduardo Vera-Cruz, *Introdução ao estudo do Direito Romano As questões fundamentais*, AAFDL Editora, 2023, cit., pág. 455.

²⁰² Eduardo Vera-Cruz, *Introdução ao estudo do Direito Romano*, cit., pág. 456.

²⁰³ Eduardo Vera-Cruz, *Introdução ao estudo do Direito Romano*, pág. 456.

²⁰⁴ Eduardo Vera-Cruz, *Introdução ao estudo do Direito Romano*, pág. 457.

²⁰⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, págs. 301 e ss.

²⁰⁶ Relativamente aos homicídios causados por imprudência, no manejo de armas, e o atear descuidado de fogo, na cidade, em: António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 302.

evoluiu para um conceito compreensivo, incluindo a culpa, o que permitiu a resolução das situações com causas de justificação.

A *culpa* ou *dolo* foi incluída enquanto elemento axiológico dos *delicta*, na época justiniana, por influência do pensamento cristão, sendo inicialmente associada à causalidade, passando por se tratar de grau de imputação, e mais tarde como negligência. Já o *dolo* sofreu evolução paralela significando a valoração da vontade no resultado do facto ilícito, ou seja, “*culpa ética*”²⁰⁷.

No Direito intermédio verifica-se a intensificação da ideia de *culpa ética* presente no *corpus iuris civilis*, essencialmente pelo conceito canónico de *peccatum*, ou seja, a dimensão interior do Homem, na perpetração do *maleficium*, que correspondia à conduta humana que violava a lei de Deus.

Em paralelo com o alcance ético mencionado, os glosadores e comentadores conferiram à noção de culpa um alcance técnico relevante, como elemento subjetivo da previsão do ilícito.

Estas dimensões axiológicas foram acolhidas no Humanismo, época em que o sujeito era objeto de um juízo de censura, que, por sua vez, delimitava a formação e o âmbito da responsabilidade.

Já no jusnaturalismo e jurracionalismo, os fundamentos de responsabilidade civil foram aprofundados segundo o pensamento sistemático que “ao deduzir o Direito de um certo número de proposições consideradas básicas e corretas”²⁰⁸, concretizava o instituto a partir de pressupostos variáveis.

A recente construção dogmática do instituto da responsabilidade civil iniciou-se com as grandes codificações, a francesa e a alemã, sendo que ambas influenciaram a construção lusófona.

Estas construções diferem entre si, uma vez que os fundamentos ético-filosóficos das regras de imputação foram rececionados pelos ordenamentos mencionados de formas diversas, dando origem, no plano jurídico ao modelo monista e ao modelo dualista, i.e., o modo como o direito faz recair sobre o lesante a obrigação de reparar o dano.

²⁰⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 309 e ss.

²⁰⁸ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 311.

A experiência francesa, com base na solução preconizada no Código de Napoleão, assenta num modelo monista da responsabilização, em que opera uma única instância, o controlo da imputação, consagrando como pressuposto a *faute*, conceito que “abrange no seu funcionamento, a ilicitude, a culpa e onexo causal”²⁰⁹.

Distingue-se desta construção o sistema germânico, que consagrou no BGB, um modelo dualista, em que existem duas instâncias na imputação, a verificação da ilicitude e a determinação da culpa, prevendo três clausulas de imputação, relativamente às condutas que violem as normas de proteção, danos dolosos a outrem ou contra os bons costumes.

No Código de Seabra é notória a influência monista francesa, não existindo referência ao elemento culpa, tanto na responsabilidade obrigacional como na responsabilidade aquiliana, uma vez que o elemento culpa “parece incluído no próprio facto “ofensa aos direitos””²¹⁰.

A adoção, no Código Vaz Serra, do modelo híbrido deveu-se às críticas doutrinárias²¹¹ da adoção monista preconizada no Código de Seabra, que defendiam a culpa como elemento autónomo, o que mais tarde foi acompanhada pela jurisprudência.

2. Modelo híbrido consagrado no Código Civil Vigente

A solução adotada no vigente Código Civil é fruto de uma longa investigação realizada por Vaz Serra, em sede dos anteprojetos ao código, e das correções realizadas por Antunes Varela, na altura Ministro da Justiça.

É reconhecido no Código Civil um “alargamento geral da responsabilidade civil”²¹², que ocorreu pela estipulação de normas de imputação objetiva, e ainda pelo reconhecimento dos danos não patrimoniais²¹³, fundado no “acréscimo de tutela dos direitos de personalidade”²¹⁴.

²⁰⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 324.

²¹⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 357.

²¹¹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 361 e ss., onde o autor reconduz fundamentalmente ao pensamento de Guilherme Alves Moreira.

²¹² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 409.

²¹³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 416.

²¹⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 417.

Foi, desse modo, consagrado no Código Civil de 1966 o modelo híbrido²¹⁵, no qual a responsabilidade civil obrigacional assenta no modelo monista, e a responsabilidade civil aquiliana no modelo dualista.

A doutrina protagonizada por Menezes Cordeiro, quanto ao modelo híbrido, não é, contudo, pacífica, merecendo críticas de Menezes Leitão, contrapondo fundamentalmente pela ausência do pressuposto da culpa na responsabilidade civil contratual, consagrada no artigo 798.º do Código Civil, o que levaria à falta da unidade do sistema.

Defende, assim, o autor, que o elemento ilicitude não é um requisito da responsabilidade obrigacional, desde logo, porque “se pode faltar licitamente ao cumprimento da obrigação”²¹⁶, recusando desse modo a crítica de que a ilicitude resulta do incumprimento da prestação.

Outro ponto de divergência, é a apontada falta da unidade do sistema, verificada pela adoção do modelo híbrido, referindo o autor²¹⁷, nesta sede, que a unidade do sistema é uma consequência dos regimes, e nunca de forma apriorística de construção dogmática.

Sobre este ponto, reconhece Antunes Varela²¹⁸ que existe uma “nítida distinção conceitual entre as duas variantes da responsabilidade civil”²¹⁹, sendo que o regime da responsabilidade civil contratual tem aspetos específicos, o que motivou, desde logo, a sua inserção sistemática, existindo, contudo, aspetos comuns aos dois regimes, pelo que, parece admitir também o modelo híbrido.

3. O Instituto da responsabilidade civil

Resenhada a origem, a evolução, e posteriormente o modelo consagrado no Código Civil vigente, iremos agora identificar e caracterizar os tipos de responsabilidade civil consagrados.

²¹⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, págs. 373 e ss.

²¹⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 378.

²¹⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 380.

²¹⁸ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., 2000, Almedina, pág. 520-521.

²¹⁹ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 521.

Antes de mais, importa qualificar a responsabilidade civil prevista no Código Civil, como fonte obrigacional, nos termos do artigo 397.º, que se traduz na obrigação de indemnizar, nos termos do artigo 562.º, sendo esta, uma obrigação de natureza pecuniária, determinada nos termos, do artigo 564.º, consoante o tipo de responsabilidade civil.

Importa, ainda, replicar que a responsabilidade civil resulta de um juízo de censura ético-jurídico individual do agente, ou seja, da culpa, que comporta elementos culturais, como se apreende pelas diferenças identificáveis no direito comparado.

Incontestável é, por isso, a importância do instituto da responsabilidade civil na sociedade, reconduzido por Menezes Cordeiro a “um pilar fundamental da civilização, tal como a conhecemos”²²⁰.

Muitos são, também, os desafios e dificuldades sentidos na aplicação deste instituto, seja de natureza interna²²¹, provocados pela unidade do sistema, pela fixação de soluções e correspondente solução, seja de natureza externa²²², pelo surgimento de novas realidades, nomeadamente, aquelas potenciadas pelas novas tecnologias, o que, aliás motiva o presente estudo, por serem aptas a provocar agressões que exigem uma resposta do instituto.

Relativamente ao surgimento de novas realidades, para as quais “os esquemas tradicionais de reparação de danos não se mostram preparados para responder satisfatoriamente a todas as questões”²²³, tem vindo a “assistir-se a um movimento que intenta garantir a reparação de todo e qualquer dano ao lesado”²²⁴, entendimento segundo o qual, o princípio *casum sentit dominus* se encontra em erosão.

Pelo exposto, no desenvolvimento destes estudos iremos, quando oportuno, concretizar as dificuldades da aplicação do instituto, adotando a posição que entendemos mais adequada.

²²⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 423, em sentido idêntico, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 519.

²²¹ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 519.

²²² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 421.

²²³ Patrícia Cordeiro da Costa, *Causalidade Dano e Prova*, Almedina, 2020, cit., pág. 20, na senda de, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 11.ª Edição Revista e Atualizada, Almedina, 2008, págs. 524 e ss..

²²⁴ Patrícia Cordeiro da Costa, *Causalidade Dano e Prova*, cit. pág. 20.

Atendendo, ainda, que do mesmo facto pode resultar a aplicação dos institutos da responsabilidade civil contratual ou extracontratual, ou ainda transitar de entre as esferas normativas, iremos dedicar-nos também ao concurso de responsabilidades civis.

3.1. O escopo da Responsabilidade civil

Tradicionalmente, o escopo da responsabilidade civil, assenta no ressarcimento pelos danos provocados, contudo, podemos avançar que, a determinação desse escopo se apresenta como questão atual, atendendo que, imerge na doutrina a admissão do escopo punitivo²²⁵, que sem prejuízo da relevância do tema, aqui nos demitimos de o desenvolver.

Contudo, reconhece Menezes Cordeiro, que relativamente à responsabilidade civil aquiliana, “não parece suficiente apontar fins de ressarcimento e de tutela, da ordem jurídica”²²⁶, devendo a responsabilidade civil aquiliana assumir uma forma que retribua o mal e previna ofensas²²⁷ de modo que permita “restituir, ao cidadão, a confiança na lei e nas instituições”²²⁸.

Defende, assim, o autor que a responsabilidade civil aquiliana, consoante o objeto, merece tratamentos distintos, sendo que quando estejam em causa situações jurídicas meramente económicas, deve ser “contida”²²⁹ nos termos do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil, mas quando esteja em causa a tutela da personalidade, deve-se “facilitar a imputação”²³⁰ dos danos morais, flexibilizando os pressupostos, nos limites interpretativos da norma.

²²⁵ A título de exemplo, Rui Ataíde, *Revista de Direitos da Responsabilidade, Os Danos Punitivos*, disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2021/os-danos-punitivos-rui-ataide>; e Manuel A. Carneiro da Frada, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: O Método do Caso*, Almedina, 2010, págs. 64 e ss.; Maria de Lurdes Pereira, *Direito da Responsabilidade Civil: A Obrigação de Indemnizar*, págs. 38 e ss..

²²⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 420.

²²⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 421.

²²⁸ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 421.

²²⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 421.

²³⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 421.

3.2. Sistema de pressupostos

Tradicionalmente, para a determinação da responsabilidade civil importam o preenchimento de pressupostos que condicionam a obrigação de indemnizar, que no caso da responsabilidade aquiliana, resultam da previsão normativa do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil.

Estes pressupostos são definidos, tradicionalmente²³¹ pela pentapartição, a saber: o facto, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano.

Por forma a alcançar e fixar as melhores soluções, e correspondente fundamentação, importa adotar um sistema de pressupostos.

Podemos, indicativamente, referir que na doutrina portuguesa²³² surgiram as orientações descritiva, que assentava no preenchimento dos cinco pressupostos, e sintética, que agrupava os pressupostos, no ato ilícito, composto pelo facto, ilicitude e culpa, e no prejuízo reparável, composto pelo dano e pelo nexo de causalidade.

Segundo Menezes Cordeiro, efetua-se a “construção da responsabilidade civil a partir do dano e na base da técnica da sua imputação”²³³, com a redução aos respetivos pressupostos.

Dessa forma, segundo o referido autor²³⁴ a técnica da imputação assenta em quatro tipos, a imputação delitual, imputação objetiva, imputação pelo sacrifício e imputação obrigacional, que serão determinadas partindo do facto humano, e do preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil relativa ao tipo de imputação em causa.

Este sistema assenta em três operações, a identificação do dano, a verificação da imputação legal do dano à esfera jurídica daquela em que se verifica o dano, através da técnica da imputação, e a sua determinação pela redução aos seus pressupostos, consoante o tipo de responsabilidade civil em causa, ao dano e à imputação.

Sufragasse, assim, o entendimento que os pressupostos gerais da responsabilidade civil são o dano e a imputação, que determinam a modalidade de responsabilidade civil,

²³¹ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 525 e ss., e António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 433.

²³² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 429 e ss.

²³³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 433.

²³⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 432.

exigindo-se, contudo, a verificação do nexo de causalidade entre esses dois pressupostos gerais²³⁵.

4. Pressupostos da Responsabilidade Civil

Como referido, neste ponto, iremos atentar, individualmente, nos pressupostos da pentapartição da responsabilidade civil, indispensáveis para a concretização de todos os tipos de responsabilidade civil.

Estes pressupostos resultam da responsabilidade civil aquiliana, estipulados do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil, que determina que, *aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*. Ressalva o número 2 do mesmo artigo que, quando a lei o preveja, pode a obrigação de indemnizar ser independente da existência de culpa, nos casos legalmente consagrados.

Referiu-se, anteriormente, que os pressupostos gerais da responsabilidade civil são o dano, a imputação e o seu nexo de causalidade, contudo, a mencionada imputação não integra a referida pentapartição dos pressupostos da responsabilidade, pelo que sem prejuízo dos desenvolvimentos *infra* quanto ao nexo de imputação, adotaremos a terminologia *facto imputável*.

4.1. O facto imputável

O facto refere-se, *lato sensu*, a um comportamento humano, dominado ou controlado pela vontade.

²³⁵ Manuel A. Carneiro da Frada, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: O Método do Caso*, págs. 63-64.

Assim, preenchem este pressuposto, as ações humanas, sejam estas, positivas ou negativas.

Serão ações positivas, ou ações *stricto sensu*, aquelas que se traduzem em movimentos, despoletados pela vontade do sujeito, que visam um determinado fim ou, como define Menezes Cordeiro, aquelas que correspondem “a um desencadear de meios materiais e humanos, determinado pelo cérebro do agente, para prosseguir um preciso fim”²³⁶, ou seja um “comportamento corporal arbitrário”²³⁷.

Neste tipo de ação, o agente desenvolve duas operações cognitivas, a determinação do fim que visa atingir, e a determinação dos meios admissíveis e adequados para o concretizar.

Inversamente, as ações negativas, ou omissões, são a ausência de uma ação *stricto sensu*, sendo que só adquirem relevância no plano jurídico as situações em que sobre o agente recaia o dever legal de praticar determinado ato, conforme prevê o artigo 486.º.

Nestas situações, dir-se-á que existe um mecanismo cognitivo de vontade, de não realizar a ação a que o sujeito estava legalmente obrigado.

Releva aqui, determinar que nos termos do artigo 486.º do Código Civil nos delitos tipificados²³⁸, se encontra consagrada a presunção de culpa. Termos em que, a responsabilidade civil por omissão, ocorre pela inobservância dos deveres de cautela impostos, ou seja, pela negligência e pela inobservância dos deveres de tráfego.

A violação dos deveres de tráfego, adquire relevância para o apuramento da “construção derivada da responsabilidade aquiliana”²³⁹, sendo esta a denominada terceira via da responsabilidade civil.

Assim sendo, definiremos o facto como a valoração da ação, *lato sensu*, ou seja, abandonando-se o finalismo²⁴⁰ como construção geral, que assentava na construção geral da responsabilidade civil baseada no desvalor do resultado, uma vez que não está em causa o resultado, mas sim a conduta do agente, conforme teoria oposta foi defendida, sendo esta, a teoria do desvalor da conduta.

²³⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 434.

²³⁷ Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa, *Responsabilidade Civil Extracontratual Novas Perspetivas em Matéria de Nexo de Causalidade*, Principia, 2014, cit., pág. 27.

²³⁸ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 436.

²³⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 437

²⁴⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 437.

Contudo, nenhuma das duas teorias, permite atingir a melhor solução²⁴¹, porquanto se encontram legalmente consagrados os dois tipos de desvalor, o desvalor do resultado, por exemplo, pela violação de direitos subjetivos, e o desvalor de conduta, que ocorre nas situações de violação de normas de proteção.

Por esta razão, o juízo de desvalor terá de ser efetuado segundo a norma em causa, configurando um juízo de imputabilidade, razão pela qual, não pode ser reconduzido a uma construção geral do instituto.

Concretizando, podemos afirmar que o desvalor da conduta se extrai de um resultado, que revela a ação humana, que, como referimos corresponde ao facto, sendo este composto pelos elementos de desvalor, de conduta e do resultado, operação que origina o preenchimento do pressuposto *facto imputável* da responsabilidade civil.

Outro juízo se impõe, o de apurar a suscetibilidade da imputação ao sujeito do facto verificado. Esta suscetibilidade define-se como imputabilidade, sendo esta presumida, nos termos da 2.ª parte do número 1 do artigo 488.º do Código Civil, sendo ainda imputáveis, de acordo com a parte final da mesma norma, aqueles que culposamente se coloquem num estado de inimputabilidade.

Corporizando, vimos que o facto se verifica mediante um juízo de desvalor sobre o resultado e sobre a conduta, e que por sua vez, estes, resultam de operações cognitivas em que o sujeito determina o fim e de meios para alcançar determinado resultado.

Na verificação destas operações cognitivas, presume-se, então, a liberdade de ação, significando, que se presume que a ação é perpetrada segundo a autodeterminação do agente, ou seja, através da sua capacidade de entender e de querer o resultado.

A capacidade de entender pode ser deturpada por uma qualidade interna do sujeito, isto é, a sua capacidade cognitiva, que pode ser influenciada por fatores naturais, sendo o caso dos incapazes, ou por fatores externos, quando o sujeito, sem culpa, se encontra sob o efeito do álcool ou substâncias psicoativas, ficando impossibilitado de “apreender o significado das suas atuações”²⁴².

²⁴¹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 437-439.

²⁴² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 439.

A liberdade de ação pode também ser influenciada pela capacidade de querer, resultando, também de efeitos externos ao sujeito, aqui nos referimos, nomeadamente às situações de coação.

Na ausência de uma das capacidades acima referidas, ocorre a inimputabilidade do sujeito, pelo que a prática de um facto com ausência dessas qualidades, não é imputável ao agente, excluindo-se a aplicação da responsabilidade civil.

Por fim, cabe abordar, por ser da maior relevância, a metodologia aplicável à verificação do facto imputável, uma vez que a determinação deste, no plano jurídico, impõe necessariamente um “corte na realidade”²⁴³, operação desenvolvida pelo intérprete-aplicador, em que extrai de toda a factualidade desenrolada, “através de um processo artificial de abstração”²⁴⁴, o facto com relevância jurídica.

Este processo artificial de abstração é desenvolvido pelo intérprete-aplicador nos mesmos moldes que o juízo de ilicitude, uma vez que são subsumidos os factos ao direito por forma a determinar a imputabilidade, devendo-se, neste âmbito, atentar na factualidade, verificando a imputação, e não configurar o facto partindo do resultado legal configurado.

4.2. A ilicitude

Retomamos aqui o raciocínio anterior, uma vez que o facto praticado terá de preencher o pressuposto da ilicitude, e como vimos, a imputação ocorre pela subsunção do facto ao direito, ancorando-se na realidade, desprendendo-se do resultado.

Já a ilicitude é um juízo-axiológico, em que se realiza a verificação da ocorrência de violação de direitos subjetivos ou de normas de proteção. Esta operação corresponde à dimensão positiva da ilicitude, tendo como ponto de partida o facto imputável previamente configurado.

Por outro lado, na dimensão negativa da ilicitude, são consideradas as causas de justificação, sendo lícitos os factos em que existam causas de justificação, previstas nos

²⁴³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 440.

²⁴⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 440.

artigos 335.º a 340.º do Código Civil, sendo estas²⁴⁵, a legítima defesa, a ação direta, o estado de necessidade, cumprimento de um dever, o consentimento do lesado, a obediência hierárquica, a execução de um direito e a colisão de direitos.

Relativamente a este pressuposto, é consagrado no n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil que, *violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios*, extraíndo-se desta previsão que a ilicitude ocorre por duas vias, pela violação do direito de outrem ou pela violação de qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios. Importa ainda concretizar, que a expressão *direitos* corresponde aos direitos subjetivos *proprio sensu*²⁴⁶, sendo esta a regra do direito civil.

De referir que, a ilicitude por violação de normas de proteção, obriga a outras considerações, uma vez que estas normas têm sido entendidas como “correias de transmissão”²⁴⁷, significando que correspondem a valores estipulados em âmbitos jurídicos diversos, por via da consagração de regras de conduta, em favor do interesse geral, com ausência de dimensão axiológica específica, que são incluídos na responsabilidade civil aquiliana.

Deste modo, a concretização desta ilicitude impõe o preenchimento de quatro requisitos²⁴⁸, i) a existência de regra de conduta aplicável, ii) que vise a proteção de interesses alheios, sendo estes, vantagens juridicamente protegidas, aptas a gerar dano, iii) a existência de facto contrário à conduta regulada, e iv) que os interesses atingidos sejam aqueles que a norma visa proteger.

4.3. A culpa

Vimos que a ilicitude é um juízo jurídico-axiológico, uma vez que se atenta no desvalor do facto, verificando-se, que esse, viola o direito subjetivo de outrem ou uma norma de

²⁴⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 484.

²⁴⁶ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 447.

²⁴⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 450.

²⁴⁸ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 450.

proteção. Por sua vez, a culpa (*lato sensu*), é também um juízo “axiológico de censura”²⁴⁹, que incorporando na sua aferição os valores ético-culturais, permite, ao intérprete-aplicador, recorrendo a um juízo jurídico-axiológico, determinar a culpa *stricto sensu*, recorrendo a todos os indícios legalmente permitidos, proceder à graduação da culpa do agente, correspondendo esta, à censura dos elementos cognitivos que se materializaram no facto ilícito.

A graduação é feita a partir de bipartição legalmente expressa, no n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil, que ao referir que, *aquele que*, com dolo ou mera culpa, admite, por isso, que a culpa possa determinada como dolo ou negligência, correspondendo esta última à expressão *mera culpa*.

A apreciação de culpa é efetuada nos termos do artigo 487.º do Código Civil, determinando o n.º 1 do artigo, que o ónus da prova da culpa recai sobre o lesado, salvo nas situações de presunção legal, e o n.º 2 da mesma norma, determina que na falta de outro critério legal, a culpa é apreciada segundo o dever de diligência do *bonus pater familias*, apurado de acordo com os factos.

Quanto ao ónus da prova da culpa²⁵⁰, dissemos que recai sobre o lesado, todavia, a culpa é um juízo de censura dos elementos cognitivos que originaram o facto, que não são possíveis de provar, pelo que teremos de concluir, que sobre o lesado recai o ónus de provar os factos que permitem esse juízo ao intérprete-aplicador, que será o mesmo que dizer que sobre o lesado recai o ónus de provar a causalidade²⁵¹.

A referida distinção apresenta maior relevância no direito penal, uma vez que, penalmente, são puníveis os factos dolosos, e que os factos negligentes só são puníveis nos casos legalmente consagrados, motivo pelo qual, o aprofundamento desta matéria foi desenvolvido sobretudo neste ordenamento jurídico.

O vocábulo culpa evoluiu terminologicamente ao longo dos tempos, sendo hoje entendido como culpa *lato sensu*, sendo necessário que o intérprete-aplicador a determine consoante a graduação, como veremos.

²⁴⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 457 e cit., pág. 507.

²⁵⁰ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 475-746.

²⁵¹ Rui Soares Pereira, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual: Fundamentos e Limites do Juízo de Condicionalidade*, Almedina, Reimpressão 2019, págs. 1095 e ss..

Civilmente, releva o aproveitamento do desenvolvimento penal, pese embora a imputação ocorra indiferentemente do dolo ou da negligência, porquanto importa para a determinação do *quantum* indemnizatório, que nos termos do artigo 494.º do Código Civil, pode a indemnização ser fixada em montante inferior aos danos provocados, nas situações de negligência, como melhor veremos.

Por sua vez, o dolo é entendido²⁵² como uma conduta voluntária contra uma norma jurídica cuja violação produz o dano, sendo distinguido em três tipos de dolo, a saber, dolo direto, dolo necessário e dolo eventual.

No dolo direto o agente age diretamente contra a norma, no dolo eventual age num sentido, que não sendo a violação da norma, implica a sua violação voluntária e, no dolo eventual, age num sentido, que não sendo a violação da norma, pode implicar a sua violação voluntária.

Daqui concluímos que está em causa a verificação e censura dos mecanismos cognitivos do sujeito, sendo que a graduação do dolo se afere pelas qualidades de querer e entender, e assim, é dolo direto quando o sujeito entende que com determinada conduta viola a norma jurídica e quer o seu resultado, no dolo eventual o sujeito quer o resultado, entende que com essa conduta viola determinada norma, e no dolo eventual, o sujeito quer determinado resultado, entende que com essa conduta pode configurar a violação da norma, e com isso se conforma.

Relativamente à negligência, atualmente²⁵³, entende-se como a violação objetiva de normas de conduta ou do cuidado necessário do tráfego, sendo ainda graduada como negligência consciente e negligência inconsciente. Esta distinção assenta na consciência da ilicitude, sendo que na negligência consciente o sujeito tem consciência dos deveres de cuidado, não os acatando, mas não querendo produzir o dano, e na negligência inconsciente, o sujeito desconhece os deveres de cuidado.

A consciência da ilicitude é o juízo que recai sobre os elementos cognitivos do sujeito, o conhecimento da norma a que estava vinculado pelo direito, contudo, no nosso ordenamento, vigora o princípio de que o desconhecimento da lei não aproveita a ninguém, previsto no artigo 6.º do Código Civil. Assim sendo, a consciência da ilicitude

²⁵² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 470.

²⁵³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 472 ss., e João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 573 e ss..

adquire uma relevância marginal²⁵⁴, na configuração das situações de inimputabilidade, de convicção de existência de dever e nas de desculpabilidade.

Outra graduação da negligência foi acolhida jurisprudencialmente²⁵⁵, que partindo do comportamento de um *bonus pater familias*, sendo este, “o comportamento que se esperaria que fosse adotado pelo homem médio colocado no lugar do agente e munido das suas especiais capacidades”²⁵⁶, se gradua como negligência levíssima, leve ou grave, comparando o comportamento do agente que omite os deveres de cuidado, com o comportamento de uma pessoa exceccionalmente diligente, normalmente diligente ou exceccionalmente imprudente e incauta, respetivamente.

Aquando da análise da ilicitude dos factos, referimos que a dimensão negativa da ilicitude comportava as causas de justificação, que afastavam esse pressuposto, porquanto a ação era considerada licita. Assim, cabe agora, tratar os factos não culposos, que obstem, igualmente à aplicação da responsabilidade civil. Referimo-nos aqui às causas de escusa²⁵⁷, que não sendo legalmente tipificadas, resultam dos princípios gerais do direito, sendo estas, o erro desculpável, o medo invencível e a desculpabilidade.

4.4. O dano

O dano é, como vimos, um pressuposto geral da responsabilidade civil, e corresponde à “supressão ou diminuição de uma situação favorável”²⁵⁸ ou a um “prejuízo”²⁵⁹. Contudo, esta noção ampla de dano, tem de ser conformada com a sua delimitação enquanto conceito jurídico, que radica do n.º 1 do artigo 483.º do Código Civil, na parte em que refere que *fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação*.

²⁵⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 481.

²⁵⁵ Ac. REv 08-out-2020 (José Manuel Barata), proc. n.º 115/11.0TBAVS.E1, seguindo o entendimento explanado no Ac. STJ de 25-03-2009, Sousa Grandão, Recurso 3087/08 – 4ª secção.

²⁵⁶ Cit., REv 08-out-2020 (José Manuel Barata), proc. n.º 115/11.0TBAVS.E1.

²⁵⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 508-509.

²⁵⁸ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 512.

²⁵⁹ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 597.

Assim sendo, no plano jurídico, o dano “é a supressão ou diminuição de uma situação favorável, reconhecida ou protegida pelo direito”²⁶⁰, apresentando dois níveis axiológicos, a violação de um direito subjetivo, nos termos supra defendidos, e a violação de um interesse protegido por vantagem garantida pelo direito. O que significa que o preenchimento de dano jurídico não depende da existência de um bem, Termos, em que, deve ser aferido consoante as soluções impostas pelo direito, sem o juízo da voluntariedade da conduta, i.e., a ilicitude objetiva.

Na determinação do dano importa atentar em dois prismas²⁶¹, no dano real, que corresponde ao prejuízo das vantagens, e no dano de cálculo, sendo este a correspondência monetária do anterior. Relativamente às referidas vantagens, opera uma relevante distinção, pois as vantagens podem ser materiais ou espirituais, cujos danos correspondentes são os danos materiais ou morais, respetivamente, nos quais agora atentaremos.

Serão danos materiais aqueles que prejudiquem uma situação de vantagem de natureza económica, e os danos morais serão aqueles cuja situação de vantagem tem natureza distinta, e que, pela sua natureza, só admitem compensação.

Relativamente ao cálculo do dano, importa compulsar o artigo 564.º do Código Civil, que no n.º 1, determina que o dever de indemnizar compreende os danos emergentes e lucros cessantes, ou seja, o prejuízo provocado, e os benefícios perdidos em consequência da lesão, e pelo n.º 2 do mesmo artigo, que impõe ainda a inclusão dos danos futuros no *quantum*.

4.5. O nexo de Causalidade

O nexo de causalidade, corresponde à relação entre o facto ilícito e culposo e o dano provocado, resultando este pressuposto, assim como os demais, da previsão do n.º 1 do artigo 483.º, que se extrai da expressão, *danos resultantes da violação*, sendo consagrado no artigo 563.º que a *obrigação de indemnização só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*.

²⁶⁰ António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, VIII, cit., pág. 512.

²⁶¹ António Menezes Cordeiro, Tratado de Direito Civil Português, VIII, pág. 513.

O preenchimento deste pressuposto motivou várias teorias²⁶² que, sucintamente, abordaremos.

Segundo a teoria da equivalência das condições, ou da *conditio sine qua non*, fixar-se-ia o nexo pela ocorrência de “quaisquer eventos cuja não verificação tivesse acarretado a inexistência do dano”²⁶³, teoria esta, acolhida²⁶⁴ no artigo 563.º do Código Civil. Já relativamente à tese da última condição, fixar-se-ia o nexo se o dano fosse atribuído à última condição necessária.

Colheu maior apoio doutrinário a teoria da causalidade adequada, que partindo da *conditio sine qua non*, defende que a existência do nexo, não resulta de qualquer evento, mas sim aquele que é adequado a provocar o dano, sendo adequado, aquele que apresenta “a idoneidade de determinado processo causal”²⁶⁵, ou aqueles resultantes de “uma consequência *normal, típica e provável*”²⁶⁶.

É, contudo, necessário determinar de que forma é aferido o nexo de causalidade nos termos da sua estipulação legal, tendo em conta, que embora não seja prejudicial a não referência normativa à adequação, por se tratar de uma “área de elaboração jurídico-científica”²⁶⁷, terá de se respeitar o alcance normativo.

É patente que na norma é consagrado o juízo “prognóstico objetivo”²⁶⁸, configurado pela teoria da causalidade adequada, segundo o qual é necessário que o facto seja condição do dano, contudo, é ainda necessário “que, em abstrato, que o facto seja uma causa adequada (*hoc sensu*) desse dano”²⁶⁹.

Podemos, ainda, referir outra formulação que concretiza o nexo imputacional, a teoria da imputação pelo cotejo das esferas de responsabilidade²⁷⁰, que partindo da dimensão ético-axiológica, contrapõe a liberdade pessoal de ação, com a correspondente responsabilidade da mesma, emergindo da ação humana, uma determinada esfera de riscos,

²⁶² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 531 e ss..

²⁶³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 532.

²⁶⁴ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 899.

²⁶⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 534.

²⁶⁶ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 893.

²⁶⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 549.

²⁶⁸ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 900.

²⁶⁹ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, cit., pág. 900.

²⁷⁰ Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa, *Responsabilidade Civil Extracontratual*, págs. 23 e ss.

correspondendo essa à imputação, e que, preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, resultará na “edificação de uma esfera de responsabilidade”²⁷¹.

A causalidade, pode ainda, ser concretizada em dois planos²⁷², enquanto pressuposto da responsabilidade civil e como bitola de indemnização, ou, segundo formulação diversa, como causalidade fundamentadora da responsabilidade e como preenchedora da responsabilidade²⁷³.

Enquanto pressuposto da responsabilidade civil, a causalidade “opera, como filtro negativo”²⁷⁴, i.e., sem causalidade não existe imputação e, pela positiva desenvolve-se em quatro tempos²⁷⁵, i) *conditio sine qua non*, ii) adequada, em termos de normalidade social, iii) provocada pelo agente, para obter o seu fim, e iv) consoante com os valores tutelados pela norma violada.

Mais recentemente, Rui Soares Pereira sustenta a importância do contrastivismo causal na aferição da adequação²⁷⁶, como base teórica da construção tradicional da causalidade adequada, como “ferramenta útil que assegura a necessidade de identificar e demonstrar uma conexão material entre a conduta ilícita ou desconforme com o direito, tendo em consideração os cenários hipotéticos exigidos ou prosseguidos pelo direito”²⁷⁷, por meio de raciocínios contrafactuais.

Enquanto bitola ou fundamento da indemnização, a causalidade permite contabilizar os danos, diretos e ou indiretos, considerando as sequências causais, a possível conjugação de imputações e determinar a relevância da causalidade virtual.

²⁷¹ Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa, *Responsabilidade Civil Extracontratual*, cit., pág. 39.

²⁷² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 549, e Maria de Lurdes Pereira, *Direito da Responsabilidade Civil: A obrigação de indemnizar*, págs. 313 e ss..

²⁷³ Ana Mafalda Castanheira Neves Miranda Barbosa, *Responsabilidade Civil Extracontratual*, págs. 9 e ss.

²⁷⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 549.

²⁷⁵ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 550.

²⁷⁶ Rui Soares Pereira, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual: Fundamentos e Limites do Júízo de Condicionalidade*, págs. 1049 e ss..

²⁷⁷ Rui Soares Pereira, *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual: Fundamentos e Limites do Júízo de Condicionalidade*, cit., pág. 1093.

5. Concurso

As situações de concurso de responsabilidade civil, resultam de condutas que, simultaneamente, preenchem os pressupostos de mais do que um tipo de responsabilidade, referindo o exemplo aqui relevante, existirá concurso de responsabilidade civil, quando uma conduta preencha, em simultâneo, os pressupostos da responsabilidade aquiliana e da responsabilidade obrigacional.

Não sendo este o objeto da nossa dissertação, mas relevante para a concretização a que nos propomos, iremos aqui adotar posição, partindo de uma explicação sintética desta questão muito controvertida. Assim, desde logo impõe-se, aludir à existência de duas teorias, a teoria do não-cúmulo e a teoria do cúmulo.

De forma muito sintética, a teoria do não cúmulo defende que quando um acontecimento preenche simultaneamente os pressupostos da responsabilidade civil e da responsabilidade aquiliana, estará em causa um concurso aparente de responsabilidades civil.

Sendo que, de acordo com esta teoria, ocorre divergência quanto à modalidade do conflito, sufragando maior adesão as seguintes: “(i) a especialidade e (ii) a consunção”²⁷⁸.

A teoria de não cúmulo pela especialidade tem origem francesa²⁷⁹, e como sugere o nome, defende uma relação de especialidade entre a responsabilidade obrigacional face à responsabilidade aquiliana, reconduzindo a questão ao conflito de normas.

Já a modalidade da consunção, transpondo essa construção penalista, defende a prevalência normativa da responsabilidade obrigacional, porquanto aí reside o “critério teleológico na resolução do conflito positivo de escolha de regimes”²⁸⁰. Em oposição, surge a teoria do cúmulo, de origem germânica, que por importação do direito romano, defende o concurso efetivo de normas de responsabilidade civil

Nesses termos, impõe-se a compatibilização entre as referidas normas, sob pena da atribuição de um *quantum* indemnizatório superior ao dano, situação essa, incompatível com o ordenamento jurídico, porquanto o *quantum* tem como limite o dano calculável.

²⁷⁸ António Barroso Rodrigues, *O Concurso de Responsabilidade Civil*, Almedina, 2023, cit., pág., 601.

²⁷⁹ António Barroso Rodrigues, *O Concurso de Responsabilidade Civil*, págs. 602 e ss..

²⁸⁰ António Barroso Rodrigues, *O Concurso de Responsabilidade Civil*, cit., pág. 616.

Esta teoria sustenta que, o preenchimento dos pressupostos de cada tipo de responsabilidade civil faz imergir uma correspondente pretensão, e desse modo, ocorre o concurso de pretensões que tem de ser compatibilizadas.

Verifica-se a existência de duas orientações divergentes, aqui, relativamente à forma de compatibilização das pretensões, que assentam no, i) modelo de concurso alternativo e, nos, ii) modelos híbridos.

Sob a égide da autonomia privada, o modelo de concurso alternativo, defende que cabe ao lesado a escolha do regime de responsabilidade civil a aplicar, aplicando-se esse em bloco.

Segundo o modelo híbrido serão concorrentes na determinação da responsabilidade, os regimes preenchidos, respeitando-se o limite imposto pelo dano.

Sem prejuízo do acima, sucintamente, exposto, importa delimitar a problemática por dois prismas, o da admissibilidade do concurso de responsabilidades civis, e o da sua fundamentação nos termos do n.º 3 do artigo 607.º do Código de Processo Civil.

A forma como se efetua a referida ponderação, entronca com o segundo prisma, i.e., em que termos o interprete-julgador fundamenta de facto e direito a aplicação da responsabilidade civil em concurso.

Diremos que é a este respeito, que as construções doutrinárias encontram maior dificuldade de superação, e que, não sendo este o nosso objeto, nos limitaremos a referir que, pela teoria do cúmulo, será possível²⁸¹ a alternatividade, reconhecendo-se a faculdade do lesado de optar pela aplicação em bloco da responsabilidade civil, a cumulação das responsabilidades civis, ocorrendo o acréscimo por aplicação de responsabilidades distintas²⁸², resultantes de prejuízos distintos, e a exclusão de pretensões por conflitos comunicantes.

Quando à admissibilidade de concurso, entendemos ser de admitir o concurso real de responsabilidade civil, fundada no concurso de títulos de pretensão²⁸³, devendo-se posteriormente “ponderar caso a caso os termos divergentes dos regimes”²⁸⁴.

²⁸¹ António Barroso Rodrigues, *O Concurso de Responsabilidade Civil*, cit., pág. 721.

²⁸² António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 398.

²⁸³ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, pág. 398-399.

²⁸⁴ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, VIII, cit., pág. 399.

Quer-se com isto dizer, que é possível afastar as teorias do cúmulo e do não-cúmulo, entendendo que, sendo preenchidos os pressupostos de mais do que um tipo de responsabilidade civil, não existe concurso de normas, porquanto não existe relação de especialidade, ou de consunção, atendendo à “sua intencionalidade problemática”²⁸⁵.

Pelo que, existindo o “concurso de títulos de fundamentação de uma mesma pretensão indemnizatória”²⁸⁶, é admitida a combinação dos institutos, de acordo com as pretensões e no limite do dano. Sendo esta teoria, a que no nosso entender melhor se adequa à responsabilidade civil compreendida através dos pressupostos gerais dano e imputabilidade.

Por fim, relativamente ao tema aqui analisado, importa determinar que o concurso operante pelo preenchimento da responsabilidade delitual por violação de direitos de personalidade, e da responsabilidade obrigacional por violação de cláusulas contratuais estipuladas nos negócios limitativos da personalidade, importará a determinação dos títulos de imputação presentes e conseqüente avaliação da pretensão indemnizatória.

6. Responsabilidade civil do RGPD

Já em momento anterior atentamos na presente matéria, contudo não o fizemos do ponto de vista técnico-jurídico, o que aqui faremos, segundo os pressupostos da responsabilidade civil.

Como já referido, o mecanismo da responsabilidade civil relativo à proteção de dados pessoais encontra previsão no artigo 82.º do RGPD, e apresenta a seguinte redação:

- 1. Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos.*
- 2. Qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento. O subcontratante é responsável pelos danos causados pelo tratamento apenas se não tiver cumprido as obrigações decorrentes do presente*

²⁸⁵ Ana Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, Principia, 2017, cit., pág. 20.

²⁸⁶ Ana Mafalda Miranda Barbosa, *Lições de Responsabilidade Civil*, cit., pág. 20.

regulamento dirigidas especificamente aos subcontratantes ou se não tiver seguido as instruções lícitas do responsável pelo tratamento.

3. *O responsável pelo tratamento ou o subcontratante fica isento de responsabilidade nos termos do n.º 2, se provar que não é de modo algum responsável pelo evento que deu origem aos danos.*
4. *Quando mais do que um responsável pelo tratamento ou subcontratante, ou um responsável pelo tratamento e um subcontratante, estejam envolvidos no mesmo tratamento e sejam, nos termos dos n.ºs 2 e 3, responsáveis por eventuais danos causados pelo tratamento, cada responsável pelo tratamento ou subcontratante é responsável pela totalidade dos danos, a fim de assegurar a efetiva indemnização do titular dos dados.*
5. *Quando tenha pago, em conformidade com o n.º 4, uma indemnização integral pelos danos sofridos, um responsável pelo tratamento ou um subcontratante tem o direito de reclamar a outros responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes envolvidos no mesmo tratamento a parte da indemnização correspondente à respetiva parte de responsabilidade pelo dano em conformidade com as condições previstas no n.º 2.*
6. *Os processos judiciais para exercer o direito de receber uma indemnização são apresentados perante os tribunais competentes nos termos do direito do Estado-Membro a que se refere o artigo 79.º, n.º 2.*

Iremos aqui confrontar o presente artigo com os pressupostos gerais da responsabilidade civil, conformando-os com os respetivos pressupostos da responsabilidade, por forma a determinar a sua presença e alcance.

Relativamente ao facto imputável, resulta do n.º 1, que o facto juridicamente relevante é o tratamento de dados pessoais que viole o Regulamento²⁸⁷, pelo que verificamos que o facto juridicamente relevante se encontra tipificado no ponto 2) do artigo 4.º do Regulamento, correspondendo a *uma operação ou um conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais ou sobre conjuntos de dados pessoais, por meios automatizados ou não automatizados, tais como a recolha, o registo, a organização, a estruturação, a conservação, a adaptação ou alteração, a recuperação, a consulta, a utilização, a divulgação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de disponibilização, a comparação ou interconexão, a limitação, o apagamento ou a destruição*, relevando as ações positivas bem como as negativas.

De referir, que serão considerados todos os factos juridicamente relevantes na violação do direito e, por isso, as condutas de todos os agentes que concorreram para a produção

²⁸⁷ No mesmo sentido, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, *Direito da Responsabilidade Civil*, Gestlegal, 2023, pág. 217.

do dano, resultante da previsão do n.º 4 do, supra citado artigo 82.º do RGPD, em que se manifesta o princípio da indemnização integral do dano.

Quanto à ilicitude, consideramos que resulta da primeira modalidade de ilicitude, aquela que opera pela violação de direitos subjetivos, *in casu*, o direito subjetivo ao tratamento de dados pessoais.

Neste ponto divergimos de Rui Ataíde²⁸⁸, que considera estar aqui em causa a segunda modalidade de ilicitude, relativa à proteção de interesses alheios.

Fundamentando, tivemos oportunidade de determinar, que o direito subjetivo de proteção de dados pessoais, que compreende várias situações de vantagem ativas, corresponde a certos direitos do titular dos dados pessoais consagrados no capítulo 3 do Regulamento, sob a epígrafe *direitos do titular dos dados*, que compreende os artigos 12.º a 22.º.

Referimo-nos a certos direitos, pois nem todos correspondem a situações de vantagem, sendo previstas obrigações que vinculam o tratador dos dados. A título de exemplo, apontamos o artigo 12.º do Regulamento, com a epígrafe, *Transparência das informações, das comunicações e das regras para exercício dos direitos dos titulares dos dados*, que consagra as obrigações do tratador dos dados quanto às informações que está obrigado a prestar ao titular, e a forma como deve proceder relativamente aos pedidos dos titulares dos dados.

Já enquanto situações de vantagem, também a título de exemplo, compulsemos o direito ao esquecimento, previsto no n.º 1 do artigo 17.º:

1. *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 se aplique um dos seguintes motivos:*
 - a) *Os dados pessoais deixaram de ser necessários para a finalidade que motivou a sua recolha ou tratamento;*
 - b) *O titular retira o consentimento em que se baseia o tratamento dos dados nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), ou do artigo 9.º, n.º 2, alínea a) e se não existir outro fundamento jurídico para o referido tratamento;*
 - c) *O titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 1, e não existem interesses legítimos prevalecentes que justifiquem o tratamento, ou o titular opõe-se ao tratamento nos termos do artigo 21.º, n.º 2;*
 - d) *Os dados pessoais foram tratados ilicitamente;*

²⁸⁸ Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, *Direito da Responsabilidade Civil*, pág. 217.

- e) *Os dados pessoais têm de ser apagados para o cumprimento de uma obrigação jurídica decorrente do direito da União ou de um Estado-Membro a que o responsável pelo tratamento esteja sujeito;*
- f) *Os dados pessoais foram recolhidos no contexto da oferta de serviços da sociedade da informação referida no artigo 8.º, n.º 1.*

Verificamos, assim, que no caso da ocorrência das situações previstas nas alíneas deste número, surge, na esfera do titular dos dados, a situação ativa de vantagem do apagamento dos dados, sem demora injustificada.

Atente-se na obrigação de proceder ao apagamento dos dados sem demora injustificada que, no nosso entender, terá natureza de causa de justificação se cumprida, e quando incumprida gerará, um título de imputação de responsabilidade civil sobre o responsável pelo tratamento, sendo que, a mesma situação ocorre relativamente ao gestor da rede, nos termos do artigo 6.º do RSD.

Podemos referir, que, desse modo, é consagrada a indemnização pelos danos futuros, relativamente ao momento do exercício do direito de apagamento.

Contrapondo as duas normas indicadas a título de exemplo, podemos concluir que, por exemplo, num tratamento de recolha, sem que tenha sido cumprida a obrigação de informação, a situação de vantagem será o exercício do direito de apagamento dos dados.

Pelo exposto, é nossa opinião que aqui ocorre a primeira modalidade de ilicitude, porquanto, está em causa a violação do direito subjetivo da proteção de dados pessoais, que compreende várias situações ativas de vantagem.

Verificamos, ainda, que é dispensado o elemento voluntário da conduta, o que resulta no preenchimento de causas de ilicitude objetiva do tratamento de dados pessoais, o que resultará da subsunção dos factos no artigo 6.º do Regulamento à contrário, uma vez que, nesse artigo, estão tipificadas as condutas de tratamento de dados lícitas.

Na nossa opinião, no seguimento do acima referido²⁸⁹, estas causas de ilicitude objetivas, circunscrevem-se às situações compreendidas no âmbito de aplicação material do RGPD, porquanto não é exigível o cumprimento da conduta lícita prevista pelo Regulamento, nas situações excluídas do seu âmbito de aplicação material.

²⁸⁹ Cfr. Capítulo III, 1.2.4..

Devemos, assim, entender que essas causas de ilicitude não são taxativas, podendo esse pressuposto ser preenchido nos termos da tutela do direito de personalidade inerente.

Exemplificando, não sendo de exigir o consentimento do titular dos dados, numa situação exclusivamente pessoal ou doméstica, não será verificada a ilicitude nos termos do artigo 6.º do RGPD à contrário, situação em que cremos, que quando ocorra numa relação sucedânea compreendida no âmbito de aplicação material do RGPD, que a ilicitude se determinará nos termos do Código Civil²⁹⁰, como melhor veremos ao aplicarmos o método do caso.

Quanto à culpa, prevê o n.º 3 do artigo 82.º do RGPD uma causa de exclusão da responsabilidade civil, que não fazendo referência à culpa desse tratador de dados pessoais, podemos concluir que, neste mecanismo de responsabilidade civil resulta a “aparente a dispensa de culpa”²⁹¹, à semelhança da responsabilidade contratual consagrada no Código Civil.

Relativamente ao dano, recuperamos o que em momento anterior defendemos, de que os danos juridicamente relevantes previstos no Regulamento, se referem a dano “pessoal”, i.e., a um dano provocado na personalidade do titular dos dados ou, utilizando a terminologia do direito interno, um dano de personalidade, pelo que este pressuposto terá que ser preenchido, determinado, nos termos da tutela de personalidade consagrada no Código Civil, e também calculado, nos termos dos artigos 562.º e seguintes do mesmo diploma.

É, também, determinante a aferição do nexo de causalidade, que, sendo certo que estará em causa a determinação da causalidade entre o tratamento e o dano, importará, assim, a determinação do nexo entre o dado, e o dano do direito de personalidade, e por isso, determinação dos vários factos juridicamente relevantes, ilícitos e imputáveis, e, por conseguinte, na determinação dos vários sujeitos a quem serão os mesmos imputáveis, e em que medida.

Por tudo o exposto, concluímos que o mecanismo de responsabilidade civil consagrado no RGPD, se mostra incompetente, para autonomamente, promover uma solução jurídica, quanto à determinação da responsabilidade civil, pelo que deverá, sem prejuízo de

²⁹⁰ Veremos infra no Capítulo IV, 1.1..

²⁹¹ Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde, *Direito da Responsabilidade Civil*, cit., pág. 218.

consubstanciar um tipo de responsabilidade civil, de ser entendido como complementar face ao Código Civil.

Sendo que, aqui procuramos determinar a responsabilidade civil do gestor da rede, e que, foi determinado que a responsabilidade civil do tratador de dados, prevista no RGPD é complementar face à responsabilidade civil delitual, consagrada no Código Civil, concluímos, que será esta, a solução jurídica a aplicar à responsabilidade civil do gestor da rede nos termos do RSD, que como vimos supra²⁹², consagra a norma de imputação de responsabilidade civil, e a remissão para o mecanismo previsto no RGPD.

7. Os limites da Responsabilidade civil por violação dos direitos de personalidade.

É, igualmente, relevante, referir o mecanismo jurídico apto a resolver as situações em que ocorre benefício económico do lesante, por os ganhos resultantes da violação do direito de personalidade serem superiores ao *quantum* indemnizatório determinado pela aplicação do instituto da responsabilidade civil, uma vez, que este, tem como limite, o dano verificado, i.e., o limite da responsabilidade civil.

Torna-se, assim, pertinente tecer algumas breves notas sobre a possibilidade de restituição do lucro ilícito pela violação de direitos de personalidade.

Esta temática é relevante uma vez que será fácil de se afigurar que, com a evolução dos meios tecnológicos que vivenciamos, que permitem a rápida e generalizada difusão de conteúdos, por recurso às plataformas de serviços digitais, os operadores económicos se possam aproveitar de informações, que resultam da violação de direitos de personalidade de terceiros, com o objetivo de obtenção de lucro.

Mostra-se, assim, necessário que o direito tutele as referidas situações, por forma a impedir que os operadores, por via de um juízo económico, incorram nessas condutas, porquanto as indemnizações a suportar, relativamente aos danos infligidos, serão inferiores aos lucros obtidos.

²⁹² Cfr. Capítulo III., 1.3..

Neste ponto, apoiamo-nos nos ensinamentos de Pedro Manuel Pimenta Mendes²⁹³ que, em profundidade, estudou esta problemática.

De forma sintética, o autor defende a necessidade de inclusão de uma norma que estipule um “mecanismo eficaz para a remoção dos lucros obtidos ilicitamente”²⁹⁴, por meio de alteração legislativa, por entender que a aplicação do enriquecimento sem causa, não apresenta o necessário efeito dissuasor do comportamento.

Neste ponto, em concreto, diverge Carneiro da Frada, que considera que o enriquecimento sem causa tem função punitiva²⁹⁵.

Contudo, conclui que o instituto do enriquecimento sem causa, é competente na resolução destes diferendos, com os fundamentos a seguir enumerados.

O instituto do enriquecimento sem causa, tem como função genérica “a redistribuição da riqueza”²⁹⁶, à semelhança da responsabilidade civil, sendo subsidiário, nos termos do artigo 474.º do CC.

O autor, quanto ao pressuposto do enriquecimento, entende tratar-se de enriquecimento patrimonial, em detrimento do enriquecimento real, determinando o enriquecimento pela diferença entre a situação real, em que se encontra, e a situação hipotética em que estaria se não existisse deslocação patrimonial.

Defende, ainda, que a previsão normativa à *custa do empobrecido*, prevista no n.º 1 do artigo 479.º, não consagra um limite pelo dano patrimonial, nem pelo dano real, porquanto o instituto de enriquecimento sem causa visa “eliminar um enriquecimento obtido à custa de outrem”²⁹⁷.

Conclui o autor sufragando a Doutrina do Conteúdo da Destinação²⁹⁸, segundo a qual, a referência normativa, à *custa de outrem*, significa que o “enriquecimento estava

²⁹³ Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Restituição do Lucro Ilícito pela Violação de Direitos de Personalidade*, Almedina, 2020.

²⁹⁴ Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Restituição do Lucro Ilícito pela Violação de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 157.

²⁹⁵ Manuel A. Carneiro da Frada, *Direito Civil, Responsabilidade Civil: O Método do Caso*, pág. 68.

²⁹⁶ Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Restituição do Lucro Ilícito pela Violação de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 134.

²⁹⁷ Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Restituição do Lucro Ilícito pela Violação de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 141.

²⁹⁸ Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Restituição do Lucro Ilícito pela Violação de Direitos de Personalidade*, pág. 142 e ss..

reservado ao empobrecido face ao conteúdo de destinação do direito ou bem jurídico violado”²⁹⁹.

²⁹⁹ Pedro Manuel Pimenta Mendes, *Restituição do Lucro Ilícito pela Violação de Direitos de Personalidade*, cit., pág. 142, referindo na nota de rodapé n.º 375, que, no mesmo sentido, Pereira Coelho, Leite Campos e Antunes Varela.

V. Aplicação do Método do Caso

Como inicialmente nos propusemos, neste capítulo aplicaremos o método do caso, como preconizado por Carneiro Frada³⁰⁰, por forma a, partindo de casos típicos, aplicando o direito, comprovar as asserções defendidas.

Para tanto, dividiremos a nossa abordagem em dois subcapítulos, o primeiro em que resolveremos dois casos típicos, e no segundo, em que efetuaremos a análise crítica de um caso decidido nos tribunais nacionais, atentando no respetivo acórdão, confrontando a solução e fundamentação explanada no mesmo, com a solução, aqui, por nós defendida.

Assim faremos, lembrando que se visa determinar a responsabilidade civil dos gestores de rede, pelo que, na resolução se irá atentar no raciocínio técnico-jurídico que nos permite extrair essa conclusão, em detrimento das questões que, embora possam configurar divergência, não se mostrem relevantes para a mesma.

1. Casos Típicos

Neste ponto, atentaremos, como referido, na resolução de dois casos típicos, cuja escolha procura de uma forma transversal, abarcar as situações fáticas mais recorrentes, contendo os elementos que consideramos determinantes para uma conclusão fundamentada.

Para tanto, como inicialmente proposto, iremos expor um caso em que a situação fática originária ocorre entre dois particulares, que identificamos como caso Particular-Particular, e um segundo, em que a situação originária ocorre entre um particular e um profissional, que indicaremos como Particular-Profissional.

1.1. Particular-Particular

³⁰⁰ Manuel A. Carneiro da Frada, Direito Civil, *Responsabilidade Civil: O Método do Caso*, págs. 133 e ss.

Recorde-se o primeiro que indicamos:

A convida B, seu amigo, para um jantar na sua habitação. No fim do jantar, B usa o seu smartphone para capturar uma fotografia de A a ingerir bebidas alcoólicas. No dia seguinte, sem que A saiba, B publica na plataforma C a referida fotografia, com a descrição “A não sabe quando parar”.

Diremos, antes de mais, que este primeiro caso corresponderá à esmagadora maioria das situações que podem levar à responsabilidade dos gestores de rede.

Neste caso, estaremos perante uma situação enquadrável na violação de direitos de personalidade e na violação de dados pessoais, nos termos do CC e do RGPD, respetivamente.

Quanto à violação dos direitos de personalidade, podemos identificar a possível violação de três direitos de personalidade, desde logo, o direito à imagem, previsto no artigo 79.º do CC, porquanto foi captada uma fotografia de A, o direito da reserva da vida privada, prevista no artigo 80.º do CC, atendendo a que a referida fotografia foi capturada no domicílio de A, sendo apta a expor a sua intimidade e, também, o direito à honra, previsto no artigo 70.º do CC, uma vez que essa publicação será apta a atentar contra a dimensão realizacional de A, que por hipótese, é conhecido pela sua moderação.

Relativamente ao dado pessoal, podemos concluir, segundo a definição inferida, que estamos perante uma representação mecânico-digital de bens de personalidade representáveis, nomeadamente, o direito à imagem e o direito à reserva da vida privada.

Sendo um dado pessoal, importa aferir se a situação em concreto está compreendida no âmbito material do RGPD. Considerando o modelo de determinação proposto³⁰¹, concluímos que a situação está excluída do âmbito de aplicação material do RGPD, por se tratar de tratamento de dados pessoais ou domésticos, nos termos da alínea c) do n.º 2, do artigo 2.º do Regulamento.

Assim entendido, A poderia intentar uma ação de responsabilidade civil extracontratual, contra B, pelos danos provocados pela violação de direitos de personalidade, imputada a B, tratando-se de facto imputável, ilícito e culposos.

³⁰¹ Cfr. Capítulo II, subcapítulo 1.2..

Nestes moldes, não vislumbramos responsabilidade civil do gestor da rede, todavia, como afirmamos supra³⁰², a responsabilidade civil do gestor da rede, resulta da norma de imputação constante no artigo 54.º do RSD, a ser aplicada conjuntamente com o direito interno ou com o direito da União, *in casu*, com o RGPD, estando em causa a violação de dados pessoais.

É ainda referido no considerando 18) do RGPD que, *o presente regulamento é aplicável aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes que forneçam os meios para o tratamento dos dados pessoais dessas atividades pessoais ou domésticas.*

Desta via, embora não existe uma norma expressa no RGPD, nos mesmos termos preconizados no referido considerando, resulta que será necessário determinar a aplicação do RGPD relativamente à publicação dos dados por recurso aos meios fornecidos pelo gestor da rede.

Esta aplicação, no nosso entender impõe-se por duas ordens de razão, a primeira, já referida, pela remissão do RSD para o RGPD, e a segunda, resulta da dimensão de inerência entre os dados pessoais e os direitos de personalidade, aqui se manifestando como que sequela, uma vez que as situações de vantagem de reação à violação de dados pessoais permanecem na esfera jurídica do seu titular, podendo este reagir, independentemente do número de tratadores dos seus dados.

Nesses termos, mantemos o preenchimento de dado pessoal, que caracterizando segundo os elementos propostos, será um conteúdo de informação objetiva e subjetiva de uma pessoa singular identificada, sobre o qual ocorreu o tratamento de dados, na vertente publicação, nos termos do ponto 2) do artigo 4.º do RGPD, de forma parcialmente automatizada.

Ao titular está, assim, reservado o direito ao esquecimento, segundo o qual, tem o direito de obter o apagamento dos dados por parte do gestor da rede, previsto no artigo 17.º do RGPD. Para tanto, deverá notificar o gestor por mecanismo de fácil acesso e utilização, nos termos do artigo 16.º do RSD.

O exercício do direito ao esquecimento tem por base a referência a uma das causas previstas no n.º 1 do artigo 17.º do RGPD, *in casu*, o tratamento ilícito, previsto na alínea d).

³⁰² Cfr. Capítulo III, 1.3..

Como referimos³⁰³, a ilicitude será aferida pela aplicação à contrário do artigo 6.º do RGPD, que consagra as situações de tratamento lícito, quando na origem esteja uma situação compreendida no âmbito de aplicação material do Regulamento, o que *in caso*, não ocorreu.

Assim sendo, o preenchimento deste pressuposto efetua-se recorrendo ao direito interno, sendo a ilicitude determinada pelas normas dos referidos direitos de personalidade, nos termos do CC.

Sendo a publicação o tipo de tratamento aqui em causa, e considerando que, nos termos do n.º 2 do artigo 82.º, *qualquer responsável pelo tratamento que esteja envolvido no tratamento é responsável pelos danos causados por um tratamento que viole o presente regulamento*, e atendendo que, como vimos, o gestor da rede, nos termos do RGPD é qualificado como subcontratante, por fornecer os meios para o tratamento, seria responsável solidário, podendo, contudo, ilidir essa presunção, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, provando não ser responsável pelo evento que lhe deu origem.

Podemos, assim, deduzir uma forma de imputação de responsabilidade civil ao gestor da rede, não sendo, contudo, a única, uma vez que o gestor de rede também poderá ser responsabilizado pelo não apagamento dos dados, de forma diligente, nos termos da alínea b) do n.º 1 do artigo 6.º do RSD.

Sem prejuízo dos referidos títulos de imputação, pode ainda ocorrer imputação, ao gestor da rede, resultante do conhecimento efetivo da ilicitude do conteúdo ilegal, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 6.º do RSD, conjugado com o artigo 8.º do mesmo Regulamento, que exclui a responsabilidade civil *in vigilando*.

Pelo exposto, poderia ocorrer a responsabilidade civil do gestor da rede nas situações em que o mesmo não disponibiliza os mecanismos de notificação e ação, nos termos do artigo 16.º, para o exercício do direito ao esquecimento, e nos casos em que não se mostre diligente após a notificação pelo titular da sua pretensão.

Ocorrendo uma destas situações, estaríamos perante um concurso de pretensões, sendo B e C solidários, nos termos do n.º 4 do artigo 82.º do RGPD, existindo direito de regresso, entre eles, pela parte da indemnização relativa à responsabilidade no dano, nos termos do n.º 5 do mesmo artigo.

³⁰³ Cfr. Capítulo IV., 6..

Até aqui, ocupamo-nos do preenchimento dos pressupostos de facto ilícito e culposo, faltando agora determinar o preenchimento do dano e do nexo de causalidade.

Relativamente à causalidade, estamos perante causalidades comutativas, uma vez que o dano ocorre pela conduta de B, sendo a conduta de C que permite a majoração do dano pela difusão da informação, majoração essa que não se verificaria de outro modo.

Nestes moldes, o dano calculável determina-se pelos danos de personalidade sofridos.

Daqui resultam duas importantes conclusões, a que já aludimos, a primeira é que a violação dos dados pessoais, *per se*, não permite a determinação do dano, e a segunda, que a relação de inerência entre os direitos de personalidade e os dados pessoais, não limitam a determinação do dano calculado, ou seja, serão contabilizados todos os danos verificados na esfera jurídica do titular.

1.2. Particular-Profissional

Recorde-se o segundo caso que indicamos, em que

A, modelo fotográfico, celebra com B, agência de modelos, um negócio limitativo da personalidade. O negócio limitativo tem como objeto a imagem de A, com o fim de B agenciar A, divulgando a sua imagem por potenciais clientes. B fazendo uso da imagem de A, efetua uma campanha publicitária com recurso à plataforma C.

Neste segundo caso pretendemos evidenciar a determinação da responsabilidade civil do gestor da rede, nas situações em que a situação originariamente ocorre entre um particular e um profissional.

Assim como no caso anterior, estamos perante uma situação enquadrável nos termos do CC, por violação do direito à imagem, e no RGPD, atendendo a que se trata da reprodução de um direito de personalidade representável, *in casu*, a imagem.

A maior diferença, nestes casos, é a aplicação do RGPD à relação entre A e B, pois encontram-se preenchidos os pressupostos do âmbito de aplicação material do Regulamento, porquanto se trata de um dado pessoal, cujo conteúdo reporta à informação objetiva e subjetiva de uma pessoa singular identificada, sobre o qual ocorreu o

tratamento de dados, na vertente publicação, nos termos do 2) do artigo 4.º do RGPD, de forma parcialmente automatizada.

Nestes casos, como acima defendemos, a aplicação do CC, relativamente à violação de direitos de personalidade, importa na aferição da ilicitude e na determinação do dano, como veremos.

À semelhança do caso anterior, A pode exercer o direito ao esquecimento, previsto no artigo 17.º do RGPD e, também neste caso, evocando o tratamento ilícito, previsto na alínea d) do n.º 1.

A causa da ilicitude, contudo, será determinada nos termos do artigo 6.º do RGPD, uma vez que a situação é compreendida no âmbito de aplicação material do Regulamento. Nestes termos, estaríamos perante a violação da alínea b), do n.º 1 desse artigo, conjugado com a alínea b) do n.º 1 do artigo 5.º do mesmo Regulamento, atendendo a que a licitude do tratamento resultaria do contrato celebrado entre A e B, tendo B tratado os dados para um fim distinto do contratualmente estipulado, resultando daí a ilicitude do tratamento.

Relativamente à causalidade, estamos perante uma situação análoga, ao primeiro caso, sendo, também aqui, comutativas, uma vez que as plataformas em causa permitem a difusão do conteúdo a um público tendencialmente ilimitado, cuja consequência é a potenciação do dano.

Finalmente, e no que ao dano diz respeito, defendemos que a violação dos dados pessoais, *per se*, não são aptas à determinação do mesmo, havendo sempre que o determinar nos termos do CC, neste caso, de acordo com a violação do direito à imagem, previsto no artigo 79.º do referido código.

Existirá assim responsabilidade civil de C, nas mesmas situações referidas no caso anterior, acrescendo a presunção ilidível de culpa prevista no n.º 2 do artigo 82 do RGPD, porquanto o gestor da rede trata os dados na aceção divulgação por transmissão, nos termos do 2) do artigo 4.º do mesmo Regulamento.

Nestas situações, cabe referir, a título meramente indicativo, que A poderia ainda deduzir pedido de restituição do lucro ilícito obtido, por aplicação do enriquecimento sem causa.

2. Caso acórdão

Neste subcapítulo iremos analisar um acórdão proferido sobre a matéria aqui em análise, atentando na sua fundamentação.

Assim, optamos por incidir a análise no acórdão RLx 8-jul.-2021³⁰⁴, sobre o qual se pronunciou Barreto Menezes Cordeiro³⁰⁵, criticando a não adoção jurisprudencial do entendimento que o RGPD se aplica às situações de violação de direitos de personalidade, quando o meio é subsumível ao conceito de dano, nos termos do mesmo³⁰⁶.

Na presente análise, abordaremos somente as questões de direito substantivo, excluindo por isso as questões de direito adjetivo.

2.1. Factualidade

Passamos então a descrever a factualidade fixada no acórdão.

A 1.^a Ré celebrou um contrato para a promoção da sua marca com a 2.^a Ré, que incluía a realização de um vídeo promocional e a sua divulgação pelas redes sociais, sendo o 3.^o Réu sócio-gerente da 2.^a Ré.

No cumprimento contratual, o 3.^o Réu filma o autor A, menor representado pela sua mãe, na praia, tendo esse vídeo sido divulgado.

2.2. Na 1.^a instância

O autor formula dois pedidos:

1. O apagamento dos dados;

³⁰⁴ RLx 8-jul.-2021 (Ana de Azeredo Coelho), proc. n.º 174/20.4T8PDL.L1-6.

³⁰⁵ A. Barreto Menezes Cordeiro, Direitos de personalidade e dados pessoais, pág. 47.

³⁰⁶ Posição analisada, crf. Capítulo III., 1., b).

2. Uma indemnização no valor de 10.000 €.

Em sede de impugnação a 1.^a Ré alegou:

1. Só ter tomado conhecimento dos factos pela citação;
2. Que os factos foram praticados pelos co-réus, sem o seu conhecimento, autorização ou comissão, tendo-se limitado a celebrar o contrato de serviços de marketing;
3. Que dos factos não extraiu qualquer benefício económico;
4. Que os danos não foram provocados ao Autor, mas sim ao seu agrado familiar.

Da sentença:

1. Foram os réus condenados solidariamente a eliminar o vídeo promocional, e;
2. Ao apagamento, a título de indemnização por danos não patrimoniais, da quantia de 1.250,00 €.

2.3. No Recurso

Passamos a enumerar as alegações formuladas pela 1.^a Ré, tidas por relevantes, neste âmbito de análise:

1. Quanto à condenação de apagamento do vídeo, não pode a mesma cumprir, tendo esta obrigação de ser, unicamente, imputada à 2.^a Ré;
2. Quanto à condenação do pagamento da indemnização, alega não estarem preenchidos os pressupostos do facto voluntário e o nexo de causalidade, relativos à responsabilidade civil extracontratual, motivo pelo qual não existe título de imputação.

Na douta sentença, verifica-se a qualificação do vídeo captado, enquanto dado pessoal, nos termos no RGPD, entendendo que a sua violação consubstancia a violação do direito à imagem nos termos do n.º 1 do artigo 79.º do CC.

Quanto à ilicitude, a mesma foi aferida por não preencher nenhuma causa de licitude, prevista no artigo 6.º do RGPD.

Já o nexó de causalidade, após se excluir a possibilidade de imputação por relação de comissão, foi preenchido por aplicação do n.º 7 do artigo 4.º do RGPD, norma que define o conceito de *Responsável pelo Tratamento*, em conjugação com o n.º 1 do artigo 24.º do mesmo Regulamento, onde são consagradas as obrigações de meios no tratamento de dados.

2.4. Análise crítica

Neste ponto, atentaremos na fundamentação vertida no douto acórdão, referenciando, segundo o nosso entendimento, os aspetos que julgamos mais relevantes.

Primeiramente, quanto à qualificação do vídeo captado, é referido no acórdão que *A imagem constitui dado pessoal, conforme resulta do Código Civil como dissemos, e, também, de qualquer um destes regimes. A ALPDP refere-o no artigo 3.º, alínea a) [3], e o mesmo sentido se pode extrair do Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016 (doravante RGPD), quando define o que deve entender-se por dado pessoal, no artigo 4.º, n.º 1[4], a que a NLPDP deu execução.*

Daqui, verificamos que a captação de vídeo foi qualificada enquanto dado pessoal, nos termos do CC e do RGPD, qualificação essa que saudamos, porquanto o dado pessoal corresponde à representação mecânico-digital de um bem de personalidade representável, pelo que a sua qualificação depende da identificação do bem de personalidade violado, e consequente preenchimento nos termos do RGPD.

Contudo, entendemos que a qualificação de dado pessoal nos termos do RGPD, não se demonstra devidamente fundamentada, sendo que essa qualificação deverá ser efetuada pelo preenchimento dos elementos de dado pessoal, que como vimos³⁰⁷, será, i) qualquer informação, ii) relativa a, iii) pessoa singular, iv) identificada ou identificável.

Nessa medida, estando em causa um dado pessoal, nos termos do RGPD, consideramos que teria sido relevante a determinação do âmbito de aplicação material do Regulamento, conforme a factualidade, porquanto importa para a aplicação do mesmo.

³⁰⁷ Cfr. Capítulo III, 1.2..

Pese embora a determinação do âmbito de aplicação material não se encontre vertida no acórdão, é possível a sua verificação, porquanto estamos perante um dado pessoal, tratado, nas aceções de recolha, registo e divulgação, de forma parcialmente automatizada, não se enquadrando em nenhuma causa de exclusão do âmbito de aplicação material, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do RGPD.

Uma vez preenchido o âmbito de aplicação material, deveriam os pedidos formulados ter sido subsumidos nos termos do RGPD e, nessa medida, o primeiro pedido, corresponde ao exercício do direito ao apagamento dos dados, por tratamento ilícito, nos termos da alínea d), do n.º 1 do artigo 17.º do Regulamento, e o pedido de indemnização nos termos do mecanismo de responsabilidade civil previsto no artigo 82.º do mesmo Regulamento.

Quanto ao direito ao apagamento, seria preciso determinar a causa de ilicitude nos termos do RGPD, o que, efetivamente ocorreu, referindo-se no acórdão que, *Nenhuma das situações de licitude estabelecidas nestes diplomas se verifica no caso, como resulta do artigo 6.º da ALPDP [5] ou do artigo 6.º do RGHPD [6] as situações de licitude do tratamento, entre as quais se não enquadra a situação dos autos. Verifica-se assim o requisito facto ilícito, o que a Recorrente verdadeiramente reconhece.*

Ainda assim, entendemos que, tratando-se de causas de ilicitude de condutas previstas no Regulamento, se deveria ter identificado qual o comportamento legalmente imposto que foi preterido, que *in casu*, seria o consentimento, pelo que a causa de ilicitude objetiva resulta do tratamento de dados pessoais, sem o consentimento do respetivo titular, nos termos da alínea a), do artigo 6.º do RGPD, à contrário.

Relativamente ao pedido de indemnização, importaria, como vimos, a aplicação do artigo 82.º do RGPD, prevendo o n.º 1 que, *Qualquer pessoa que tenha sofrido danos materiais ou imateriais devido a uma violação do presente regulamento tem direito a receber uma indemnização do responsável pelo tratamento ou do subcontratante pelos danos sofridos.*

Como foi defendido, a responsabilidade civil prevista no Regulamento dispensa a culpa, pelo que se encontram preenchidos os pressupostos do facto, sendo este, o tratamento, da ilicitude, nos termos do artigo 6.º do Regulamento à contrário, do dano, pela violação do direito de personalidade imagem.

Atentaremos agora, no preenchimento do nexos de causalidade, em que, na dimensão imputacional, é referido no acórdão que, *Ora, a captação foi feita através do Réu em nome da segunda Ré e a utilização da imagem foi feita pela segunda Ré no contexto da*

relação contratual com a Recorrente, a ela sendo imputável a colocação do vídeo em canal youtube.

A fundamentação que alicerçou tal conclusão resultou da determinação da 1.^a Ré, enquanto responsável pelo tratamento, nos termos do RGPD, como referimos anteriormente³⁰⁸.

Contudo, importaria qualificar a 2.^a Ré como subcontratante, nos termos do artigo 28.º do RGPD, atendendo a que é a 2.^a Ré que trata os dados por conta da 1.^a Ré, sendo relevante a qualificação desta, por via da relação constituída entre as Rés.

Na nossa opinião, nem o artigo 24.^a do RGPD, quanto ao responsável pelo tratamento, nem o artigo 28.º do mesmo Regulamento, quanto ao subcontratante, consubstanciam normas de imputação de responsabilidade civil, tratando-se de normas que estipulam obrigações de meios no tratamento de dados pessoais.

Somos de entender que as normas de imputação de responsabilidade civil, resultam da previsão constante no n.º 1 do artigo 82.º do RGPD, e estando em causa um tratamento de dados por subcontratante, em nome do responsável pelo tratamento, importaria a aplicação dos n.ºs 2, 3 e 4 do mesmo artigo, em que é estipulada a responsabilidade individual dos tratadores de dados envolvidos.

Motivo pelo qual recuperamos a crítica formulada por Barreto Menezes Cordeiro, que incide sobre a não aplicação do mecanismo de responsabilidade civil previsto no RGPD, ponto que acompanhamos, divergindo, no entanto, do seu entendimento de que o mecanismo de responsabilidade previsto no Regulamento consubstancia tutela alternativa face à responsabilidade civil delitual prevista no CC, conforme supra defendido.

Sem prejuízo do referido, acompanhamos a decisão vertida no acórdão, porquanto a determinação do dano sofrido, é efetuada nos termos do CC, correspondendo aos danos morais resultantes da violação do direito à imagem ali tutelado.

³⁰⁸ Cfr. Capítulo IV., 2.3..

Conclusão

Na presente dissertação propusemo-nos a determinar a responsabilidade civil dos gestores da rede pela violação dos direitos de personalidade, chegado é por isso o momento de formular a devida conclusão.

O gestor da rede, responsável pela plataforma em que ocorre o tráfego de informação através da internet, encontra a sua regulamentação no Regulamento dos Serviços Digitais (RSD), que permite a sua qualificação e determina as suas obrigações. Deste modo, podemos qualificar o gestor da rede como o prestador de serviço intermediário de alojamento virtual de informações, a pedido de um destinatário do serviço, nos termos da alínea g) do artigo 3.º do RSD.

Este Regulamento consagra ainda, no seu artigo 54.º, uma regra de imputação de responsabilidade civil aos gestores de redes pela violação das normas ali consagradas, remetendo, porém, para o direito interno ou da União Europeia. Uma vez estando em causa, a violação de direitos de personalidade pela internet, estaremos perante informações pessoais que integram, *lato senso*, o conceito de dados pessoais, tutelados pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais (RGPD). Podemos desde já formular uma primeira conclusão, que opera a remissão para o mecanismo de responsabilidade civil do RGPD, nas situações de violação das normas compreendidas no âmbito de aplicação material do RSD.

Assim, a remissão para o mecanismo de responsabilidade civil do RGPD (artigos 6.º, 7.º e 8 do RSD), que exclui a responsabilidade *in vigilando* dos gestores de rede, recaindo sobre os mesmos a obrigação de suprimir ou desativar o acesso a conteúdos ilegais de que tenham conhecimento. Admitimos que, a não disponibilização de mecanismos de notificação e ação, gerará a imputação de responsabilidade civil ao gestor da rede, nos termos do artigo 82.º do RGPD, por remissão do artigo 54.º do RSD.

Ademais, nos termos do ponto 8 do artigo 4.º interpretado à luz do Considerando 18 do RGPD, o gestor da rede é qualificado como subcontratante, ocorrendo, nos termos do n.º 1 do artigo 82.º do mesmo normativo, a imputação, por presunção, da responsabilidade civil, sem prejuízo de a afastar, provando que não é responsável pelo evento que originou os danos, em linha com o n.º 2 do referido artigo.

Em suma, ilidindo a responsabilidade nos termos do RGPD, será imputada ao gestor da rede a responsabilidade civil pela informação difundida através da sua plataforma,

quando tenha conhecimento da ilegalidade do conteúdo, quando não faça cessar o acesso à mesma de forma diligente, e ainda quando não disponibilize os meios adequados para a notificação da existência de conteúdo ilegal.

Uma vez aferida a imputação da responsabilidade civil, nos termos do RSD, importa, por remissão, a aplicação do mecanismo de responsabilidade civil consagrado no RGPD. Contudo, o mecanismo de responsabilidade civil previsto no RGPD mostra-se incompetente para, de forma autónoma, determinar a responsabilidade civil do gestor da rede, pois o RGPD não tutela os direitos de personalidade, cuja proteção é competência específica dos Estados-Membros. O RGPD tem como fim a uniformização e não a tutela dos direitos de personalidade, sendo esta matéria excluída da competência legislativa da União Europeia, de acordo com o princípio da atribuição previsto no artigo 5.º do Tratado da União Europeia, sendo consagrada a competência legislativa específica, no que concerne ao direito da proteção de dados, no artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Uma vez determinado o âmbito de aplicação material do RGPD, compulsámos o mecanismo de responsabilidade civil ali previsto, que nos permitiu concluir que o mecanismo de responsabilidade civil do RGPD tem como principal fim, a consagração de normas de imputação de responsabilidade civil aos responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, aqui, *lato sensu*, incluindo-se os subcontratantes, dispensando o pressuposto de culpa. Atendendo a que o RGPD não tutela os direitos de personalidade, fundamentámos que a proteção de dados pessoais deve ser compreendida, adotando a terminologia jurídica do ordenamento interno, como a proteção dos dados de personalidade.

Desta forma, demonstrámos a existência da relação de inerência entre os dados pessoais e os direitos de personalidade, definindo os dados pessoais como a representação mecânico-digital de direitos de personalidade representáveis. Desse modo, verificámos que a violação de dados pessoais não é apta, *per se*, a gerar danos na esfera jurídica do seu titular, sendo que os danos a verificar são aqueles que ocorrem pela agressão aos direitos de personalidade, dos quais são inerentes. Outra questão para a qual o mecanismo de responsabilidade civil do RGPD não se mostra competente é na determinação do dano, uma vez que, apesar de fazer referência à indemnização pelos danos materiais e imateriais, não estipula a forma da respetiva determinação, importando a aplicação dos artigos 562.º e seguintes do Código Civil.

Pelo exposto, podemos formular três conclusões relativamente ao mecanismo de responsabilidade civil previsto no RGPD: (i) trata-se de um tipo de responsabilidade civil semelhante ao da responsabilidade contratual, na medida em que dispensa a culpa do agente; (ii) consagra regras de imputação de responsabilidade civil pela violação de normas de proteção de dados pessoais, fundamentais para a responsabilização integral e efetiva; (iii) este mecanismo de responsabilidade civil apresenta-se como complementar face ao instituto da responsabilidade civil delitual, previsto no Código Civil, porquanto depende deste para a verificação e determinação do dano.

Resulta, portanto, que na aplicação defendida se manifesta o princípio da indemnização efetiva e integral do titular dos dados violados, conforme preconizado pelo RGPD. Defendemos que o mecanismo de responsabilidade civil, previsto no RGPD, foi consagrado como um instituto de responsabilidade civil, complementar, dependendo, por isso, das normas de responsabilidade civil vigentes nos Estados-Membros.

Concluimos, deste modo, que a responsabilidade civil do gestor de rede é imputada nos termos mencionados, remetendo para a responsabilidade civil delitual, prevista no Código Civil, conjugada com o mecanismo de responsabilidade civil, previsto no RGPD.

Bibliografia

Manuais e Monografias

ASCENSÃO, José de Oliveira - *Direito Civil–Teoria Geral, vol. III – Relações e Situações Jurídicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas - *Direito da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Gestlegal, 2023.

BARBOSA, Ana Mafalda Miranda - *Responsabilidade civil extracontratual: novas perspectivas em matéria de nexo de causalidade*. Cascais: Principia, 2014.

BARBOSA, Ana Mafalda Miranda - *Católica Talks 4, Direito de Personalidade*, Lisboa: Leya, 2023.

BARBOSA, Ana Mafalda Miranda - *Lições de responsabilidade civil*. Cascais: Principia Editora, 2017.

BARBOSA, Mafalda Miranda; Álvarez, Tomás Prieto - *O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade*. Coimbra: GestLegal, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição - 7.ª Edição*. Coimbra: Almedina, 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa Anotada (Vol. I) –artigos 1.º a 107.º*, 2007.

CARRILHO, Fernanda - *A lei das XII tábuas*. Coimbra: Almedina, 2009.

CARRILHO, Fernanda - *Dicionário de latim jurídico*. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, Orlando de - *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2021.

CASIMIRO, Sofia de Vasconcelos - *A Responsabilidade Civil pelo conteúdo da informação transmitida pela internet*, Almedina 2000.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil I – 4.ª Edição*, Reimpressão em 2021. Coimbra: Almedina, 2021.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil II*, 4.ª edição, Coimbra: Almedina, 2014.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil IV*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra 2016.

CORDEIRO, António Menezes - *Tratado de Direito Civil VIII*, 1.ª edição, Coimbra: Almedina, 2016.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes - *Direito da Proteção de Dados à luz do RGPD e da Lei n.º 58/2019*, Almedina, Coimbra, Reimpressão de 2022.

COSTA, João Pedro Fachana Cardoso Moreira da - *A responsabilidade civil pelos conteúdos ilícitos colocados e difundidos na Internet: Em especial da responsabilidade pelos conteúdos gerados por utilizadores*, Almedina, 2012.

COSTA, Mário Júlio Almeida - *Direito das Obrigações*, 11.ª Edição, Coimbra: Almedina, 2008.

COSTA, Patrícia Cordeiro - *Causalidade, Dano e Prova - A Incerteza na Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2020.

FRADA, Manuel A. Carneiro - *Direito Civil, Responsabilidade Civil: O Método do Caso*, Coimbra: Almedina, 2010.

GONÇALVES, Diogo Costa - *Pessoa e Ontologia: uma questão prévia da ordem jurídica. Estudos de Direito da Bioética II*, 2008, pp. 125-182.

GONÇALVES, Diogo Costa - *Lições de Direitos de Personalidade*, Cascais: Princípia, 2022, pp.18.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2003.

MARQUES, Pedro Garcia, et al - *Católica Talks 4 – Direito e Personalidade*. Lisboa: Leya, 2023.

MARTINS, Ana Maria Guerra - *Manual de Direito da União Europeia - Após o Tratado de Lisboa*. 2.ª Edição, Lisboa: Leya, 2023.

MENDES, Pedro Manuel Pimenta - *Restituição do Lucro Ilícito pela Violação de Direitos de Personalidade*. Coimbra: Almedina, 2020.

MIRANDA, Jorge - *Direitos fundamentais*. 3.ª edição, revista e atualizada, Coimbra: Almedina, 2022.

NOVAIS, Jorge Reis, A. - *Dignidade da Pessoa Humana*, Volume I. Coimbra: Almedina, 2020.

OLIVEIRA, Elsa Dias - *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 2012.

PEREIRA, Maria de Lurdes - *Direito da Responsabilidade Civil: A obrigação de indemnizar*, Lisboa: AAFDL Editora, 2022 - Reimpressão.

PEREIRA, Rui Soares - *O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Delitual-Fundamento e Limites do Juízo de Condicionalidade*. Coimbra: Almedina, Reimpressão de 2019.

PINHEIRO, Luís de Lima - *Direito da Internet*. AAFDL Editora, Lisboa, 2024.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz - *Introdução ao Estudo do Direito Romano: As Questões Fundamentais*, Lisboa: AAFDL Editora, 2023 – Reimpressão.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota - *Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais – Estudos*. Coimbra: GestLegal, 2018.

RODRIGUES, António Barroso - *O Concurso de Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2023.

SILVA, Manuel Gomes - *O dever de prestar e o dever de indemnizar, Vol. I*. Lisboa: Imprensa FDUL, reimpressão de 2020.

Artigos de Revistas e Contribuições em Obras Coletivas

ANDRADE, Rodrigo Rocha - *Da responsabilidade do Encarregado de Proteção de Dados*, *Forum de Proteção de Dados*, N.º 07 dezembro de 2020 semestral.

ASCENSÃO, José Oliveira - *A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos*, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista-da-ordem-dos-advogados/ano-2008/ano-68-vol-i/doutrina/jose-oliveira-ascensao-a-dignidade-da-pessoa-e-o-fundamento-dos-direitos-humanos/>.

Ataíde, Rui - *Os Danos Punitivos*, *Revista de Direitos da Responsabilidade*, ano 3, 2021, pp. 1185 - 1199; disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2021/os-danos-punitivos-rui-ataide>

CORDEIRO, A. Barreto Menezes – “Direitos de personalidade e dados pessoais: o que sobra para o Código Civil?” *Revista de Direito Civil*, Year VIII (2023), Número 1: pp. 45-63.

CORDEIRO, António Menezes - *Revista de Direito Civil, Year VIII - Nas origens da propriedade e do direito subjetivo: de Roma ao usus modernus*. Coimbra: Almedina, 2023, pp, 476.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Responsabilidade Civil na Internet*, Artigo disponível em: <https://portal.oa.pt/upl/%7B034a6b68-6f5e-4eb9-b57b-06a413387077%7D.pdf>, pp. 171 – 192.

Declarações oficiais de instituições da União Europeia

PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS, Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2024, disponível em https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_4.2.8.pdf.

Glossary of summaries, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/PT/legal-content/glossary/principle-of-conferral.html>.

Parecer 7/2007 do Grupo de Trabalho de Proteção de dados do Artigo 29.º, disponível em: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_pt.pdf

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU E AO CONSELHO, *A proteção de dados enquanto pilar da capacitação dos cidadãos e a abordagem da UE para a transição digital - dois anos de aplicação do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados*, 24 de junho de 2020.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção 108, de 28 de janeiro de 1981, “para a protecção das pessoas relativamente ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal”*, texto disponível em <https://www.cnpd.pt/bin/legis/internacional.Convencao108.htm> [25.09. 2019].

Jurisprudência do TJUE

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA de 17 de setembro de 2002, processo C-334/00.

Jurisprudência de Tribunais Portugueses

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA, de 08-out-2020, José Manuel Barata, Processo n.º 115/11.0TBAVS.E1.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA, de 8-jul-2021, Ana de Azeredo Coelho, Processo n.º 174/20.4T8PDL.L1-6.