



**00264/10/PT  
WP 169**

**Parecer 1/2010 sobre os conceitos de «responsável pelo tratamento» e «subcontratante»**

**Adoptado em 16 de Fevereiro de 2010**

O Grupo de trabalho foi instituído pelo artigo 29.º da Directiva 95/46/CE. Trata-se de um órgão consultivo europeu independente em matéria de protecção de dados e de privacidade. As suas tarefas são definidas no artigo 30.º da Directiva 95/46/CE e no artigo 15.º da Directiva 2002/58/CE.

O secretariado é assegurado pela Direcção D (Direitos Fundamentais e Cidadania) da Direcção-Geral da Justiça, da Liberdade e da Segurança da Comissão Europeia, B-1049 Bruxelas, Bélgica, Gabinete LX-46 01/190.

Sítio Web: [http://ec.europa.eu/justice\\_home/fsj/privacy/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm)

# ÍNDICE

<b>Síntese</b> .....	<b>3</b>
<b>I. Introdução</b> .....	<b>5</b>
<b>II. Considerações gerais e principais desafios</b> .....	<b>6</b>
II.1. Papel dos conceitos.....	7
II.2. Contexto relevante .....	9
II.3. Alguns desafios-chave .....	10
<b>III. Análise das definições</b> .....	<b>11</b>
III.1. Definição de responsável pelo tratamento .....	11
III.1.a) Primeiro elemento: «determine» .....	11
III.1.b) Terceiro elemento: «as finalidades e os meios de tratamento» .....	16
III.1.c) Primeiro elemento: «a pessoa singular ou colectiva ou qualquer outro organismo» .....	19
III.1.d) Segundo elemento: «individualmente ou em conjunto com outrem» .....	22
III.2. Definição de subcontratante .....	29
III.3. Definição de terceiro.....	36
<b>IV. Conclusões</b> .....	<b>37</b>

## Síntese

O conceito de responsável pelo tratamento dos dados e a sua relação com o conceito de subcontratante desempenham um papel fundamental na aplicação da Directiva 95/46/CE, na medida em que determinam o responsável pelo cumprimento das normas sobre protecção de dados, o modo como as pessoas em causa podem exercer os seus direitos, qual o direito nacional aplicável e a eficácia da actuação das autoridades responsáveis pela protecção de dados.

A diferenciação organizacional no sector público e no sector privado, a evolução das TIC, bem como a globalização do tratamento de dados, aumentam a complexidade dos mecanismos de tratamento de dados, exigindo uma clarificação destes conceitos, a fim de assegurar uma aplicação efectiva e o cumprimento da directiva na prática.

O conceito de responsável pelo tratamento é autónomo, no sentido em que deve ser interpretado essencialmente em conformidade com a legislação da UE em matéria de protecção de dados, e funcional, no sentido em que visa atribuir a responsabilidade àqueles que exercem uma influência de facto e, como tal, baseia-se numa análise factual e não formal.

A definição constante da directiva divide-se em três grandes grupos constituintes:

- o aspecto subjectivo (*«a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo»*);
- a possibilidade de controlo colectivo (*«que, individualmente ou em conjunto com outrem»*); e
- os elementos essenciais que permitem distinguir o responsável pelo tratamento de outros intervenientes (*«determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais»*).

A análise destes grupos constituintes permite retirar uma série de conclusões, que foram sintetizadas no ponto IV do presente parecer.

O parecer analisa igualmente o conceito de subcontratante, cuja existência depende de uma decisão tomada pelo responsável pelo tratamento, que pode optar entre proceder ao tratamento dos dados no seio da sua organização ou delegar a totalidade ou parte das actividades de tratamento a uma organização externa. São duas as condições básicas para a qualificação como subcontratante: por um lado, ser uma entidade jurídica distinta do responsável pelo tratamento e, por outro, proceder ao tratamento dos dados por conta deste.

O Grupo de trabalho reconhece as dificuldades da aplicação das definições constantes da directiva num ambiente complexo, onde podem ser previstos vários cenários que envolvam responsáveis pelo tratamento e subcontratantes, agindo individualmente ou em conjunto, com diferentes graus de autonomia e responsabilidade.

Na sua análise, o Grupo de trabalho sublinhou a necessidade de atribuir a responsabilidade de forma que o cumprimento das normas sobre protecção de dados seja suficientemente garantido na prática. Contudo, não encontrou qualquer motivo para questionar a relevância e aplicabilidade, naquela perspectiva, da actual distinção entre responsáveis pelo tratamento e subcontratantes.

Por conseguinte, o Grupo de trabalho espera que as explicações fornecidas no presente parecer, ilustradas por exemplos concretos retirados da experiência quotidiana das autoridades responsáveis pela protecção de dados, sejam um guia útil para a interpretação destas definições-chave da directiva.

# **O Grupo de Trabalho sobre a Protecção das Pessoas no que diz respeito ao Tratamento de Dados Pessoais**

instituído pela Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995,

tendo em conta o artigo 29.º e o artigo 30.º, n.º 1, alínea a) e n.º 3 da referida directiva, bem como o artigo 15.º, n.º 3 da Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002,

tendo em conta o seu regulamento interno,

adoptou o seguinte parecer:

## **I. Introdução**

O conceito de responsável pelo tratamento dos dados e a sua relação com o conceito de subcontratante desempenham um papel fundamental na aplicação da Directiva 95/46/CE, na medida em que determinam o responsável pelo cumprimento das normas sobre protecção de dados e o modo como as pessoas em causa podem exercer os seus direitos na prática. Este conceito também é essencial para determinar o direito nacional aplicável e para assegurar o desempenho eficaz das tarefas de controlo atribuídas às autoridades responsáveis pela protecção de dados.

Assim sendo, é extremamente importante definir com suficiente precisão estes conceitos e os critérios para a sua correcta aplicação, de modo a estabelecer um entendimento comum entre todas as entidades que, nos Estados-Membros, desempenham um papel na implementação da directiva e na aplicação, avaliação e execução das disposições nacionais que lhe dão cumprimento.

Há indícios de que poderão existir algumas dúvidas, pelo menos em relação a alguns aspectos destes conceitos, e pontos de vista divergentes entre os profissionais de diferentes Estados-Membros, que poderão levar a interpretações diferentes dos mesmos princípios e definições estabelecidos com o fim de assegurar a harmonização ao nível europeu. Por este motivo, o Grupo de trabalho do artigo 29.º decidiu, no âmbito do seu programa de trabalho estratégico para 2008-2009, dedicar especial atenção à elaboração de um documento que definisse uma abordagem comum a estas questões.

O Grupo de trabalho reconhece que a aplicação concreta dos conceitos de responsável pelo tratamento e subcontratante está a tornar-se cada vez mais complexa. Tal deve-se sobretudo à crescente complexidade do ambiente em que estes conceitos são aplicados e, em especial, a uma crescente tendência, tanto no sector privado como no sector público, para a diferenciação organizacional, a que acresce a evolução das TIC e a globalização, criando um cenário que pode suscitar questões novas, difíceis e, por vezes, resultar numa diminuição do nível de protecção concedido às pessoas em causa.

Embora as disposições da directiva tenham sido formuladas em termos neutros do ponto de vista tecnológico e, até à data, tenham resistido bem à evolução do contexto, estas complexidades podem, com efeito, criar ambiguidades quanto à atribuição da responsabilidade e ao âmbito das legislações nacionais aplicáveis. Estas ambiguidades

podem prejudicar o cumprimento das normas sobre protecção de dados em áreas fundamentais e a eficácia da legislação sobre protecção de dados no seu conjunto. O Grupo de trabalho já abordou algumas destas matérias em relação a questões específicas<sup>1</sup>, mas considera agora necessário fornecer directrizes mais aprofundadas e orientações específicas, a fim de assegurar uma abordagem coerente e harmonizada.

Consequentemente, o Grupo de trabalho decidiu apresentar no presente parecer – à semelhança do que fez no Parecer sobre o conceito de dados pessoais<sup>2</sup> – alguns esclarecimentos e exemplos concretos<sup>3</sup> em relação aos conceitos de responsável pelo tratamento dos dados e de subcontratante.

## II. Considerações gerais e principais desafios

A directiva menciona expressamente o conceito de responsável pelo tratamento em várias disposições. As definições de «responsável pelo tratamento» e «subcontratante» constam do artigo 2.º, alíneas d) e e), da Directiva 95/46/CE (doravante designada por «a Directiva»), que estabelecem o seguinte:

*«Responsável pelo tratamento», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que, individualmente ou em conjunto com outrem, determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais; sempre que as finalidades e os meios de tratamento sejam determinados por disposições legislativas ou regulamentares nacionais ou comunitárias, o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação podem ser indicados pelo direito nacional ou comunitário;*

*«Subcontratante», a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que trate os dados pessoais por conta do responsável pelo tratamento.*

Estas definições foram formuladas durante as negociações relativas ao projecto de proposta da directiva no início da década de 90 e o conceito de «responsável pelo tratamento» foi basicamente retirado da Convenção n.º 108 do Conselho da Europa, adoptada em 1981. Durante estas negociações, verificaram-se algumas alterações importantes.

Em primeiro lugar, o termo «responsável pelo ficheiro» constante da Convenção n.º 108 foi substituído pelo termo «responsável pelo tratamento» de dados pessoais. O termo «tratamento de dados pessoais» é um conceito muito vasto, sendo definido no artigo 2.º, alínea b), da Directiva como «qualquer operação ou conjunto de operações efectuadas sobre tratamento de dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como a recolha, registo, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação,

---

<sup>1</sup> Ver, por ex., Parecer 10/2006 sobre o Tratamento de Dados Pessoais pela Sociedade das Telecomunicações Financeiras Interbancárias no Mundo (*Worldwide Interbank Financial Telecommunication - SWIFT*), adoptado em 22 de Novembro de 2006 (WP 128) e, mais recentemente, o Parecer 5/2009 sobre as redes sociais em linha, adoptado em 12 de Junho de 2009 (WP 163).

<sup>2</sup> Parecer 4/2007 sobre o conceito de dados pessoais, adoptado em 20 de Junho de 2007 (WP 136).

<sup>3</sup> Estes exemplos baseiam-se nas actuais práticas nacionais ou europeias e foram alterados ou adaptados para facilitar a sua compreensão.

consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, o apagamento ou a destruição.». Assim, o conceito de «responsável» deixou de ser utilizado por referência a um objecto estático («o ficheiro»), sendo antes associado a actividades que reflectem o ciclo de vida da informação, desde a sua recolha à sua destruição, o que exigia uma análise pormenorizada e global («operação ou conjunto de operações»). Embora o resultado possa ter sido o mesmo em muitos casos, foi atribuído ao conceito um significado e um âmbito muito mais vastos e dinâmicos.

Outras alterações envolviam a previsão da possibilidade de «controlo colectivo» («individualmente ou em conjunto com outrem»), o requisito de que o responsável pelo tratamento «determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais» e a ideia de que esta determinação pode ser efectuada pela legislação nacional ou comunitária ou de outra forma. A Directiva introduziu também o conceito de «subcontratante», que não é mencionado na Convenção n.º108. Estas e outras alterações serão analisadas mais pormenorizadamente ao longo do presente parecer.

## II.1. Papel dos conceitos

Enquanto o conceito de responsável (pelo ficheiro) desempenha um papel pouco relevante<sup>4</sup> na Convenção n.º 108, tal já não acontece na directiva. O artigo 6.º, n.º 2, da Directiva estabelece expressamente que «incumbe ao responsável pelo tratamento assegurar a observância do disposto no n.º 1». A referida disposição diz respeito aos principais princípios relativos à qualidade dos dados, incluindo o princípio previsto no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), segundo o qual «os dados pessoais serão objecto de um tratamento leal e lícito». Tal significa, no fundo, que todas as disposições que estabelecem condições para o tratamento lícito dos dados têm essencialmente como destinatário o responsável pelo tratamento, ainda que este facto nem sempre seja claramente articulado.

Além disso, as disposições sobre os direitos da pessoa em causa – informação, acesso, rectificação, apagamento, bloqueio e oposição ao tratamento de dados pessoais (artigos 10.º a 12.º e 14.º) - foram formuladas de modo a criar obrigações para o responsável pelo tratamento. O responsável pelo tratamento também ocupa um lugar central nas disposições sobre notificação e controlo prévio (artigos 18.º a 21.º). Por último, não surpreende que o responsável pelo tratamento seja também considerado responsável, em princípio, pelos prejuízos eventualmente sofridos devido ao tratamento ilícito dos dados (artigo 23.º).

Deste modo, o principal papel do conceito de responsável pelo tratamento é, antes de mais, determinar quem será o responsável pelo cumprimento das normas sobre protecção de dados e de que modo as pessoas em causa podem exercer na prática os seus direitos.<sup>5</sup> Por outras palavras: atribuir a responsabilidade.

---

<sup>4</sup> Não é mencionado em nenhuma das disposições substantivas, excepto no artigo 8.º, alínea a), relativamente ao direito de ser informado (princípio da transparência). O responsável pelo ficheiro só é visível em determinadas partes da exposição de motivos.

<sup>5</sup> Ver também o vigésimo quinto considerando da Directiva 95/46/CE: «Considerando que os princípios de protecção devem encontrar expressão, por um lado, nas obrigações que impendem sobre as pessoas, as autoridades públicas, as empresas, os serviços ou outros organismos responsáveis pelo tratamento de dados, em especial no que respeita à qualidade dos dados, à segurança técnica, à notificação à autoridade de controlo, às circunstâncias em que o tratamento pode ser efectuado, e, por outro, nos direitos das pessoas cujos dados são tratados serem informadas

É esta a essência da Directiva, dado que o seu principal objectivo é a «protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais». Esse objectivo só pode ser concretizado, na prática, se os responsáveis pelo tratamento dos dados forem suficientemente incentivados, por meios jurídicos e outros meios, a tomar todas as medidas necessárias para assegurar que esta protecção é colocada em prática. É esta também a ideia subjacente ao artigo 17.º, n.º 1, da Directiva, segundo o qual o responsável pelo tratamento *«deve pôr em prática medidas técnicas e organizativas adequadas para proteger os dados pessoais contra a destruição accidental ou ilícita, a perda accidental, a alteração, a difusão ou acesso não autorizados, nomeadamente quando o tratamento implicar a sua transmissão por rede, e contra qualquer outra forma de tratamento ilícito.»*

Os meios para incentivar a responsabilidade podem ser pró-activos e reactivos. No primeiro caso, visam assegurar a aplicação efectiva de medidas de protecção dos dados e o estabelecimento de meios adequados de responsabilização dos responsáveis pelo tratamento. No segundo caso, podem envolver responsabilidade civil e sanções, a fim de garantir a reparação dos prejuízos relevantes e a adopção de medidas adequadas para corrigir eventuais erros ou irregularidades.

O conceito de responsável pelo tratamento é também um elemento essencial para determinar qual o direito nacional aplicável a uma operação ou a um conjunto de operações de tratamento. Nos termos do artigo 4.º, n.º 1, alínea a) da directiva, a regra geral relativamente ao direito aplicável é a de que cada Estado-Membro aplicará as suas disposições nacionais ao *«tratamento de dados pessoais quando (...) for efectuado no contexto das actividades de um estabelecimento do responsável pelo tratamento situado no território desse mesmo Estado-Membro»*. Seguidamente, esta disposição estabelece que *«se o mesmo responsável pelo tratamento estiver estabelecido no território de vários Estados-Membros, deverá igualmente tomar as medidas necessárias para garantir que cada um desses estabelecimentos cumpra as obrigações estabelecidas no direito nacional que lhe for aplicável»*. Deste modo, o estabelecimento ou estabelecimentos do responsável pelo tratamento também são relevantes para determinar o direito ou os direitos nacionais aplicáveis e, possivelmente, os diferentes direitos nacionais aplicáveis e a relação entre eles.<sup>6</sup>

Por último, importa referir que o conceito de responsável pelo tratamento surge em várias disposições da directiva como um elemento do seu âmbito de aplicação ou de uma condição específica aplicável ao abrigo das mesmas: por ex., o artigo 7.º estabelece que o tratamento de dados pessoais só poderá ser efectuado se: *«(c) o tratamento for necessário para cumprir uma obrigação legal à qual o responsável pelo tratamento esteja sujeito; (e) o tratamento for necessário para a execução de uma missão de interesse público ou o exercício da autoridade pública de que é investido o responsável pelo tratamento ou um terceiro a quem os dados sejam comunicados; ou (f) o tratamento for necessário para prosseguir interesses legítimos do responsável pelo tratamento ou do terceiro ou terceiros a quem os dados sejam comunicados, desde que não prevaleçam os interesses*

---

*sobre esse tratamento, poderem ter acesso aos dados, poderem solicitar a sua rectificação e mesmo, em certas circunstâncias, poderem opor-se ao tratamento.»*

<sup>6</sup> O Grupo de trabalho tenciona adoptar um parecer específico sobre o «direito aplicável» em 2010. Quando as instituições e organismos comunitários procedem ao tratamento de dados pessoais, a determinação da responsabilidade pelo tratamento também é relevante para a possível aplicação do Regulamento (CE) n.º 45/2001 e de outros instrumentos jurídicos da UE pertinentes.

...». A identidade do responsável pelo tratamento é também um elemento importante das informações a fornecer à pessoa em causa nos termos dos artigos 10.º e 11.º.

O conceito de «subcontratante» desempenha um papel importante no contexto da confidencialidade e da segurança do tratamento (artigos 16.º e 17.º), na medida em que serve para identificar as responsabilidades daqueles com um envolvimento mais directo no tratamento de dados pessoais, quer sob a autoridade directa do responsável pelo tratamento ou por sua conta. A distinção entre «responsável pelo tratamento» e «subcontratante» serve essencialmente para diferenciar os responsáveis pelo tratamento, em sentido estrito, das entidades que agem por conta destes. Trata-se, mais uma vez, de uma questão relacionada com a atribuição da responsabilidade. Esta distinção pode ter outras consequências, quer em termos do direito aplicável, quer noutros aspectos.

Porém, no caso de um subcontratante, há mais uma consequência, tanto para este como para o responsável pelo tratamento: nos termos do artigo 17.º da directiva, o direito aplicável à segurança do tratamento será o direito nacional do Estado-Membro onde o subcontratante se encontra estabelecido.<sup>7</sup>

Por último, nos termos do artigo 2.º, alínea f), entende-se por «*terceiro*», *a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo que não a pessoa em causa, o responsável pelo tratamento, o subcontratante e as pessoas que, sob a autoridade directa do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, estão habilitadas a tratar dos dados*». Assim, o responsável pelo tratamento, o subcontratante e os respectivos colaboradores formam o «círculo interno do tratamento de dados» e não estão abrangidos pelas disposições especiais aplicáveis a terceiros.

## II.2. Contexto relevante

O contexto relevante sofreu diversas alterações, fazendo com que estas questões sejam agora mais urgentes e, também, mais complexas do que antes. Quando a Convenção n.º 108 foi assinada e, em larga medida, também quando a Directiva 95/46/CE foi adoptada, o contexto do tratamento de dados ainda era relativamente claro e simples, mas já não é assim.

Isso deve-se, em primeiro lugar, a uma tendência crescente no sentido da diferenciação organizacional na maioria dos sectores relevantes. No sector privado, a distribuição dos riscos financeiros e de outros riscos levou a uma diversificação empresarial contínua, que é ainda mais acentuada pelas fusões e aquisições. No sector público, assiste-se a uma diferenciação semelhante no contexto da descentralização ou separação de departamentos temáticos e agências executivas. Em ambos os sectores, aposta-se cada vez mais na criação de cadeias de prestação de serviços ou numa prestação de serviços que envolve várias organizações e no recurso à subcontratação ou externalização de serviços, a fim de beneficiar de especialização e de possíveis economias de escala. Consequentemente, assiste-se a um crescimento dos serviços prestados pelas empresas, que nem sempre se consideram responsáveis. Devido às escolhas organizacionais das empresas (e das entidades por estas contratadas ou subcontratadas), as bases de dados relevantes podem estar localizadas em um ou mais países, dentro ou fora da União Europeia.

---

<sup>7</sup> Ver artigo 17.º, n.º 3, segundo travessão: «as obrigações .... tal como definidas pela legislação do Estado-Membro onde o subcontratante está estabelecido, incumbem igualmente a este último».

A evolução das tecnologias da informação e da comunicação («TIC») facilitou consideravelmente estas alterações organizacionais, sendo ela própria também responsável por algumas mudanças. Normalmente, as responsabilidades a diversos níveis – muitas vezes em consequência da diferenciação organizacional – exigem e fomentam uma vasta utilização das TIC. O desenvolvimento e a utilização de novos produtos e serviços de TIC também criaram novas funções e responsabilidades, que nem sempre se conjugam, de forma clara, com as responsabilidades existentes ou emergentes nas organizações clientes. Por conseguinte, é importante estar ciente das diferenças relevantes e clarificar as responsabilidades quando necessário. O surgimento da microtecnologia – como, por exemplo, os chips RFID introduzidos nos bens de consumo – suscita problemas semelhantes ao nível da atribuição da responsabilidade. No outro extremo, o recurso à computação distribuída, nomeadamente à «computação em nuvem» (*cloud computing*) e às «grelhas», coloca novas questões de natureza complexa.<sup>8</sup>

A globalização é outro factor que vem complicar a questão. Quando a diferenciação organizacional e o desenvolvimento de TIC envolvem várias jurisdições, tal como acontece frequentemente no caso da Internet, surgem inevitavelmente questões relacionadas com o direito aplicável, não só dentro da UE ou do EEE, como também em relação a países terceiros. Um exemplo desta situação insere-se no contexto da antidopagem, em que a Agência Mundial Antidopagem (WADA), sediada na Suíça, dispõe de uma base de dados que contém informações sobre os atletas (ADAMS), que é gerida a partir do Canadá em cooperação com organizações nacionais antidopagem de todo o mundo. A divisão de responsabilidades e a atribuição da responsabilidade pelo tratamento dos dados foram consideradas questões que suscitam dificuldades específicas no documento WP 29.<sup>9</sup>

Tal significa que as questões centrais analisadas no presente parecer são extremamente relevantes do ponto de vista prático e poderão ter consequências profundas.

### II.3. Alguns desafios-chave

Em termos dos objectivos da directiva, é fundamental assegurar que a responsabilidade pelo tratamento dos dados esteja claramente definida e possa ser imputada na prática.

Se as obrigações e os seus destinatários não estiverem claramente definidos – por ex., se ninguém for responsável ou se existirem, em teoria, vários responsáveis pelo tratamento – existe obviamente o risco de que nada, ou muito pouco, seja feito e que as disposições legais não sejam aplicadas na prática. Também é possível que ambiguidades na interpretação resultem em pretensões concorrentes e outras controvérsias, caso em que os efeitos positivos ficarão aquém das expectativas ou poderão ser restringidos ou neutralizados por consequências negativas imprevistas.

---

<sup>8</sup> A «computação em nuvem» é um tipo de computação em que são disponibilizadas, sob a forma de um serviço, capacidades escaláveis e elásticas de TI a vários clientes que utilizam tecnologias baseadas na Internet. Tipicamente, os serviços de computação em nuvem disponibilizam aplicações comuns em linha, a que os utilizadores têm acesso a partir de um navegador Web, enquanto o software e os dados são armazenados nos servidores. Neste sentido, a nuvem não é uma ilha, mas sim um conector global das informações e utilizadores de todo o mundo. Relativamente às «grelhas», ver o exemplo 19 adiante.

<sup>9</sup> Parecer 3/2008, de 1 de Agosto de 2008, sobre o projecto de norma internacional relativa à protecção da privacidade no âmbito do Código Mundial Antidopagem (WP 156).

Em todos estes casos, o principal desafio consiste, assim, em assegurar a existência de clareza suficiente que permita e garanta a aplicação efectiva e o cumprimento na prática. Em caso de dúvida, a solução mais adequada à concretização deste objectivo poderá ser a opção aconselhável.

Contudo, os critérios que asseguram uma clareza suficiente também poderão aumentar a complexidade e ter consequências indesejadas. Por exemplo, a diferenciação do controlo, no contexto da actual realidade organizacional, poderá tornar mais complexa a questão do direito nacional aplicável quando estejam envolvidas várias jurisdições.

Por conseguinte, durante a análise, é necessário estar atento à diferença entre consequências aceitáveis ao abrigo das normas em vigor e a necessidade de ajustar essas normas para assegurar a sua contínua eficácia e evitar consequências indesejadas provocadas pela alteração das circunstâncias.

Por este motivo, a presente análise assume uma grande importância estratégica, devendo ser realizada com cuidado e tendo em conta possíveis interligações entre questões distintas.

### III. Análise das definições

#### III.1. Definição de responsável pelo tratamento

A definição de responsável pelo tratamento constante da divide-se em três grandes grupos constituintes, que serão analisados separadamente para efeitos do presente parecer. Estes grupos são os seguintes:

- «a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo»;
- «que individualmente ou em conjunto com outrem»;
- «determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais».

O primeiro grupo constituinte está relacionado com o aspecto subjectivo da definição. O terceiro grupo contém os elementos necessários para distinguir o responsável pelo tratamento de outros intervenientes, enquanto o segundo grupo abre a possibilidade de «controlo colectivo». Estes grupos constituintes estão intimamente relacionados entre si. Porém, seguindo a metodologia adoptada no presente parecer, cada um deles será analisado separadamente.

Por razões de ordem prática, é preferível começar pelo *primeiro elemento* do terceiro grupo constituinte – ou seja, o significado da palavra «determine» -, analisar seguidamente o resto do terceiro grupo e só depois abordar o primeiro e o segundo grupos.

#### III.1.a) Primeiro elemento: «determine»

Tal como já foi mencionado, o conceito de responsável desempenhava um papel pouco relevante na Convenção n.º 108 que, no seu artigo 2.º, definia o «responsável pelo ficheiro» como o organismo «competente ... para decidir». A convenção salienta a necessidade de competência, que é determinada «segundo a lei nacional». Deste modo, a

convenção remete para a legislação nacional sobre protecção de dados que, segundo a exposição de motivos, estabeleceria «critérios concretos para determinar quem é a entidade competente».

Enquanto a primeira proposta da Comissão reflectia esta disposição, a proposta alterada menciona o organismo «que decida», eliminando, assim, a necessidade da competência para decidir ser estabelecida por lei: a definição por lei é possível, mas não necessária. Esta opção é então confirmada pela posição comum do Conselho e pelo texto adoptado, referindo-se ambos ao organismo «que determine».

No contexto da evolução histórica da directiva, há dois elementos importantes a destacar: em primeiro lugar, que é possível ser o responsável pelo tratamento independentemente da lei atribuir ou não uma competência ou poder específico para controlar os dados; em segundo lugar, que, no processo de adopção da Directiva 95/46/CE, a determinação do responsável pelo tratamento se converte em conceito comunitário, com um significado independente no direito comunitário, que não é afectado pelas disposições – possivelmente diferentes – do direito nacional. Este último elemento é fundamental para garantir a aplicação efectiva da directiva e um elevado grau de protecção nos Estados-Membros, exigindo uma interpretação uniforme e, conseqüentemente, autónoma de conceitos-chave como o de «responsável pelo tratamento», que assume na directiva uma importância que não tinha na Convenção n.º 108.

Nesta perspectiva, a directiva completa esta evolução estabelecendo que, ainda que a competência para «determinar» seja especificamente atribuída por lei, resultará normalmente de uma análise das circunstâncias ou elementos factuais do caso concreto: é necessário examinar as operações de tratamento em causa e compreender quem as determina, respondendo, numa primeira fase, às perguntas «Qual a finalidade deste tratamento? Quem o iniciou?».

O estatuto de responsável pelo tratamento resulta, antes de mais, do facto de uma entidade ter optado por proceder ao tratamento de dados pessoais para os seus próprios fins. Com efeito, um critério meramente formal não seria suficiente, pelo menos por duas razões: em alguns casos, a nomeação formal de um responsável pelo tratamento – estabelecida, por exemplo, por lei, num contrato ou numa notificação à autoridade responsável pela protecção de dados – não teria lugar; noutros casos, a nomeação formal poderia não reflectir a realidade, confiando formalmente o papel de responsável pelo tratamento a um organismo que, de facto, não está em posição de «determinar».

A relevância da influência de facto também é ilustrada pelo caso SWIFT<sup>10</sup>, em que a SWIFT era formalmente considerada um subcontratante mas, de facto, actuava – pelo menos até certo ponto – como responsável pelo tratamento dos dados. Naquele caso, entendeu-se que, embora a designação de uma parte como responsável pelo tratamento ou subcontratante num contrato possa ser relevante para a determinação do estatuto jurídico dessa parte, essa designação contratual não é, ainda assim, decisiva para determinar o seu estatuto real, que terá de se basear em factos concretos.

Esta abordagem factual também é apoiada pelo facto de a directiva estabelecer que o responsável pelo tratamento é a entidade que «determina» e não a entidade que

---

<sup>10</sup> O caso respeita à transferência para as autoridades norte-americanas, com vista a combater o financiamento do terrorismo, de dados bancários recolhidos pela SWIFT para fins de realização de transacções financeiras por conta de bancos e outras instituições financeiras.

«licitamente determina» a finalidade e os meios. A efectiva identificação do responsável pelo tratamento é decisiva, ainda que a designação seja aparentemente ilícita ou o tratamento dos dados seja efectuado de forma ilícita. É irrelevante que a decisão de tratar os dados tenha sido «lícita», no sentido de que a entidade que toma essa decisão estava legalmente habilitada a fazê-lo ou que o responsável pelo tratamento tenha sido formalmente nomeado em conformidade com um procedimento específico. A questão da licitude do tratamento dos dados pessoais será relevante numa outra fase e será analisada à luz de outros artigos (em especial, os artigos 6.º a 8.º) da directiva. Por outras palavras, é importante garantir que, mesmos nos casos em que o tratamento dos dados é ilícito, seja possível identificar facilmente o responsável pelo tratamento e responsabilizá-lo por essa actividade.

Uma última característica do conceito de responsável pelo tratamento é a sua autonomia, no sentido de que, embora fontes jurídicas externas possam ajudar a identificar o responsável, o conceito deve ser essencialmente interpretado em conformidade com a legislação sobre protecção de dados.<sup>11</sup> O conceito de responsável pelo tratamento não deve ser afectado por outros conceitos – por vezes contraditórios ou concorrentes – relacionados com outras áreas jurídicas, como seja, o conceito de criador ou titular do direito no contexto dos direitos de propriedade intelectual. O facto de uma entidade ser titular de um direito de propriedade intelectual não exclui a possibilidade da sua qualificação como «responsável pelo tratamento» e, como tal, a sua sujeição às obrigações emergentes da legislação sobre protecção de dados.

#### *A necessidade de uma tipologia*

O conceito de responsável pelo tratamento é um conceito funcional, que visa atribuir responsabilidade àqueles que exercem uma influência de facto e, como tal, baseia-se numa análise factual e não formal. Por este motivo, a determinação da entidade que detém efectivamente o controlo pode, em alguns casos, exigir uma investigação aprofundada e prolongada. Contudo, a fim de garantir a eficácia, é necessário adoptar uma abordagem pragmática com vista a assegurar a previsibilidade no que respeita ao controlo. Nesta perspectiva, são necessárias regras gerais e presunções práticas para orientar e simplificar a aplicação da legislação sobre protecção de dados.

Tal exige uma interpretação da directiva que permita identificar, de forma clara e fácil, o «organismo que determina» na maioria das situações, por referência às circunstâncias – legais e/ou factuais – que indiciam normalmente uma influência de facto, salvo se outros elementos apontarem em sentido contrário.

Estas circunstâncias podem ser analisadas e classificadas de acordo com três categorias de situações, que permitem a adopção de uma abordagem sistemática a estas questões:

1) Controlo resultante de competência legal expressa. É este, entre outros, o caso referido na segunda parte da definição, ou seja, quando o responsável pelo tratamento ou os critérios específicos para a sua nomeação são indicados pelo direito nacional ou comunitário. A nomeação explícita do responsável pelo tratamento por lei é pouco frequente e, em regra, não coloca grandes problemas. Em alguns países, a legislação

---

<sup>11</sup> Ver, mais adiante, a relação com conceitos utilizados noutras áreas jurídicas (por exemplo, o conceito de titular do direito no domínio da propriedade intelectual ou da investigação científica, ou o conceito de responsabilidade no âmbito do direito civil).

nacional estabelece que as autoridades públicas são responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais no desempenho das suas funções.

Mais frequente é o caso em que a lei, ao invés de nomear directamente o responsável pelo tratamento ou de definir os critérios para a sua nomeação, estabelece uma tarefa ou impõe a uma entidade a obrigação de recolher e tratar determinados dados. É o que acontece, por exemplo, com uma entidade a quem tenham sido confiadas determinadas tarefas públicas (por ex., segurança social) que não podem ser executadas sem a recolha de, pelo menos, alguns dados pessoais, e que cria um registo para este efeito. Naquele caso, o responsável pelo tratamento resulta da lei. Em termos mais gerais, a lei pode impor a entidades públicas ou privadas a obrigação de conservação e fornecimento de determinados dados. Em regra, estas entidades seriam consideradas responsáveis pelo eventual tratamento de dados pessoais naquele contexto.

2) *Controlo resultante de competência tácita.* Estamos perante os casos em que a competência para determinar não está expressamente estabelecida na lei, nem é uma consequência directa da aplicação de disposições legais expressas, resultando antes de disposições legais comuns ou práticas jurídicas estabelecidas relativas a diferentes ramos de direito (direito civil, direito comercial, direito do trabalho, etc.). Nestes casos, papéis tradicionais que normalmente implicam uma determinada responsabilidade ajudarão a identificar o responsável pelo tratamento: por exemplo, o empregador em relação aos dados dos seus funcionários, o editor em relação aos dados dos assinantes, a associação em relação aos dados dos seus membros ou contribuintes.

Em todos estes casos, a competência para determinar as actividades de tratamento pode ser considerada inerente à função desempenhada por uma organização (privada), implicando também, em última análise, responsabilidades no domínio da protecção de dados. Em termos jurídicos, seria assim independentemente da competência para determinar pertencer aos organismos legais mencionados, ser exercida pelos órgãos competentes agindo por conta daqueles ou por uma pessoa singular no desempenho de uma função semelhante (ver, mais adiante, o ponto III.1.c) relativo ao primeiro elemento). Porém, também seria esse o caso para uma autoridade pública incumbida de certas tarefas administrativas, num país onde a lei não estabelecesse expressamente a sua responsabilidade em matéria de protecção de dados.

#### Exemplo n.º 1: Operadores de telecomunicações

Um exemplo interessante de orientações jurídicas destinadas ao sector privado respeita ao papel dos operadores de telecomunicações. O quadragésimo sétimo considerando da Directiva 95/46/CE esclarece que «quando uma mensagem que contém dados pessoais é transmitida através de um serviço de telecomunicações ou de correio electrónico cujo único objectivo é a transmissão de mensagens deste tipo, será a pessoa de quem emana a mensagem, e não quem propõe o serviço de transmissão, que será em regra considerada responsável pelo tratamento dos dados pessoais contidos na mensagem; (...) contudo, as pessoas que propõem esses serviços serão em regra consideradas responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais suplementares necessários ao funcionamento do serviço».

Assim, o prestador de serviços de telecomunicações deve, em princípio, ser apenas considerado responsável pelo tratamento de dados de tráfego e de facturação, e não pelos dados transmitidos<sup>12</sup>. Estas orientações jurídicas do legislador comunitário são totalmente consentâneas com a abordagem funcional seguida no presente parecer.

3) *Controlo resultante de influência de facto*. É o que acontece quando a responsabilidade pelo tratamento dos dados é atribuída com base numa análise das circunstâncias factuais. Em muitos casos, é necessário analisar as relações contratuais entre as diferentes partes envolvidas. Esta análise permite retirar conclusões externas sobre a atribuição da responsabilidade pelo tratamento dos dados a uma ou mais partes. Tal poderá ser particularmente útil em ambientes complicados, que muitas vezes utilizam novas tecnologias da informação e onde os intervenientes têm tendência para se verem no papel de «facilitadores» e não de responsáveis pelo tratamento.

Em alguns casos, o contrato pode ser omissivo quanto à identificação do responsável pelo tratamento, mas conter elementos suficientes para atribuir essa responsabilidade a uma parte que, aparentemente, desempenhe um papel dominante neste aspecto. Noutros casos, o contrato pode ser mais explícito em relação ao responsável pelo tratamento. Se não houver motivo para duvidar que as disposições contratuais reflectem a realidade, não há razão para não seguir as cláusulas do contrato. No entanto, estas cláusulas nem sempre são decisivas, pois tal iria simplesmente permitir que as partes atribuíssem a responsabilidade da forma que considerassem mais conveniente.

O próprio facto de uma entidade determinar o modo como os dados pessoais são tratados poderá implicar a sua qualificação como responsável pelo tratamento, ainda que esta qualificação não resulte de uma relação contratual ou seja expressamente excluída por um contrato. Esta situação é claramente ilustrada pelo caso SWIFT, em que esta empresa decidiu, na sequência de intimações emitidas pelo Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, facultar a esta entidade o acesso a determinados dados pessoais - originalmente tratados para fins comerciais por conta de instituições financeiras - para fins de combate ao financiamento do terrorismo.

Em caso de dúvida, há outros elementos, para além das cláusulas do contrato, que poderão ajudar a identificar o responsável pelo tratamento, tais como o grau de controlo efectivamente exercido por uma parte, a imagem transmitida às pessoas em causa e as expectativas razoáveis destas com base nesta visibilidade (ver também, mais adiante, o ponto III.1.b) sobre o terceiro elemento). Esta categoria é particularmente importante, dado que também permite atribuir responsabilidades nos casos de actuação ilícita, em que as actividades de tratamento de dados poderão até ser realizadas contra os interesses e a vontade de algumas das partes.

---

<sup>12</sup> Uma autoridade responsável pela protecção de dados abordou a questão do controlo no âmbito de uma queixa contra mensagens publicitárias não solicitadas por correio electrónico. Na sua queixa, a pessoa em causa solicitou ao operador da rede de comunicações para confirmar ou negar o envio da mensagem de correio electrónico de carácter publicitário. A autoridade responsável pela protecção de dados considerou que a empresa que apenas proporciona a um cliente o acesso a uma rede de comunicações, ou seja, que não inicia a transmissão de dados nem selecciona os destinatários ou modifica as informações contidas na transmissão, não pode ser considerada responsável pelo tratamento dos dados.

### *Conclusão preliminar*

As duas primeiras categorias fornecem, em princípio, uma indicação mais segura quanto ao organismo que determina e, possivelmente, abrangem mais de 80 % das situações relevantes na prática. Porém, a nomeação formal do responsável por lei deve estar em conformidade com as normas sobre protecção de dados, assegurando que o organismo nomeado exerce um controlo efectivo sobre as operações de tratamento ou, por outras palavras, que a nomeação legal reflecte a realidade.

A terceira categoria exige uma análise mais complexa e é mais susceptível de gerar interpretações divergentes. Muitas vezes, as cláusulas de um contrato podem ajudar a clarificar a questão, mas nem sempre são decisivas. São cada vez mais os intervenientes que não consideram que determinam as actividades de tratamento e, como tal, não se consideram responsáveis por elas. Nestes casos, a única opção viável é identificação do responsável com base na influência de facto. A questão da licitude deste tratamento será analisada à luz de outros artigos (6.º a 8.º).

Se nenhuma das categorias supramencionadas for aplicável, a nomeação do responsável pelo tratamento deve ser considerada «nula e sem efeito». De facto, um organismo que não disponha de competência legal nem de influência de facto para determinar o modo de tratamento dos dados pessoais não pode ser considerado o responsável pelo tratamento.

De uma perspectiva formal, uma consideração que corrobora esta abordagem é a de que a definição de responsável pelo tratamento dos dados deveria ser considerada uma disposição legal vinculativa para as partes, não admitindo derrogações ou desvios. De uma perspectiva estratégica, tal nomeação contrariaria a aplicação efectiva da legislação sobre protecção de dados e neutralizaria a responsabilidade que o tratamento de dados implica.

#### III.1.b) Terceiro elemento: «as finalidades e os meios de tratamento»

O terceiro elemento corresponde à parte substantiva do teste: o que uma parte deve determinar para ser qualificada como responsável pelo tratamento.

A história desta disposição é algo acidentada. A Convenção n.º 108 refere a finalidade dos ficheiros automatizados, as categorias de dados pessoais e as operações que lhes serão aplicadas. A Comissão partiu destes elementos substantivos, introduzindo pequenas modificações de linguagem e acrescentou a competência para decidir que terceiros podem ter acesso aos dados. A proposta alterada da Comissão melhorou esta disposição ao substituir a expressão «a finalidade do ficheiro» para «as finalidades e os meios do tratamento», passando assim de uma definição estática associada a um ficheiro para uma definição dinâmica associada à actividade de tratamento. A proposta alterada continuava a mencionar quatro elementos (finalidades/objectivo, dados pessoais, operações e terceiros com acesso aos mesmos), que apenas foram reduzidos a dois («finalidades e meios») na posição comum do Conselho.

Os dicionários definem «finalidade» como «um resultado que se pretende alcançar ou que orienta as acções planeadas» e «meios» como «o modo como um resultado é obtido ou um fim é alcançado».

Por outro lado, a directiva estabelece que os dados serão recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, e que não serão posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades. A determinação das «finalidades» do tratamento e dos «meios» para as alcançar é, assim, particularmente importante.

Poderia também afirmar-se que determinar as finalidades e dos meios consiste, respectivamente, em determinar o «porquê» e o «como» de certas actividades de tratamento. Nesta perspectiva, e tendo em conta que os dois elementos estão interligados, é necessário fornecer orientações sobre o nível de influência sobre o «porquê» e o «como» que poderá implicar a qualificação de uma entidade como responsável pelo tratamento.

Na análise da determinação das finalidades e dos meios com vista a identificar o responsável pelo tratamento dos dados, a questão fundamental consiste, assim, em definir o nível de pormenor com que uma entidade deve determinar as finalidades e os meios para ser considerada responsável pelo tratamento e, conseqüentemente, qual a margem de manobra que a directiva concede a um subcontratante. Estas definições são particularmente relevantes nos casos em há várias entidades envolvidas no tratamento de dados pessoais e é necessário determinar quais delas são responsáveis pelo tratamento dos dados (individualmente ou em conjunto com outrem) e quais devem ser eventualmente consideradas subcontratantes.

A importância a atribuir às finalidades ou aos meios pode variar em função do contexto específico em que o tratamento de dados tem lugar.

É necessária uma abordagem pragmática que privilegie a discricionariedade na determinação das finalidades e a margem de manobra na tomada de decisões. Nestes casos, a questão consiste em determinar a razão do tratamento dos dados e o papel desempenhado por possíveis intervenientes, tais como as empresas subcontratadas: a empresa subcontratada teria tratado os dados se o responsável pelo tratamento não lhe tivesse solicitado para o fazer e em que condições? Um subcontratante poderia agir em conformidade com instruções gerais relacionadas essencialmente com as finalidades do tratamento que não entrassem em grandes pormenores no que respeita aos meios.

#### Exemplo n.º 2: Marketing directo

A empresa ABC celebra contratos com diversas organizações para levar a cabo as suas campanhas de *marketing* directo e para gerir o processamento salarial dos seus funcionários, emitindo instruções específicas (que material de *marketing* enviar e para quem, a quem pagar, que montantes, até que data, etc.). Embora as organizações tenham alguma discricionariedade (nomeadamente quanto ao software a utilizar), as suas tarefas estão definidas de forma clara e rigorosa e, embora o operador de recolha e distribuição postal possa fornecer conselhos (por ex., aconselhando a não enviar *mailings* durante o mês de Agosto), está claramente obrigado a actuar de acordo com as instruções da ABC. Além disso, só uma entidade, a empresa ABC, está autorizada a utilizar os dados objecto de tratamento – todas as outras entidades têm de invocar o fundamento jurídico da empresa ABC caso a sua competência legal para tratar os dados seja questionada. Neste caso, não há dúvida de que a empresa ABC é a responsável pelo tratamento dos dados e que cada uma das outras organizações pode ser considerada um subcontratante no que respeita ao tratamento específico dos dados realizado por conta daquela.

Relativamente à determinação dos meios, o termo «meios» compreende obviamente elementos muitos distintos, o que também é ilustrado pela história desta definição. Na proposta original, a qualificação como responsável pelo tratamento resultaria da determinação de quatro elementos (finalidades/objectivo, dados pessoais, operações e terceiros com acesso aos dados). A versão final da disposição, que menciona apenas «as finalidades e os meios», não pode ser interpretada como contrariando a versão anterior, na medida em que é indiscutível que, por exemplo, o responsável pelo tratamento deve determinar os dados que serão objecto de tratamento para a finalidade ou finalidades pretendidas. Deste modo, a definição final deve ser antes entendida como uma versão resumida que retém, ainda assim, o sentido da versão anterior. Por outras palavras, o termo «meios» não abrange apenas os meios técnicos de tratamento dos dados pessoais, mas também o modo de tratamento, que implica a resposta a perguntas como «que dados serão tratados», «que terceiros terão acesso a estes dados», «quando é que os dados serão eliminados», etc.

Deste modo, a determinação dos «meios» abrange, questões técnicas e organizativas cuja decisão até pode ser delegada aos subcontratantes (como, por ex., «que hardware ou software será utilizado?») e elementos essenciais cuja determinação está tradicionalmente e intrinsecamente reservada ao responsável pelo tratamento como, por exemplo, «que dados serão objecto de tratamento?», «por quanto tempo serão tratados?», «quem terá acesso aos dados?», etc.

Assim sendo, enquanto a determinação da finalidade do tratamento implica necessariamente a qualificação como responsável pelo tratamento, a determinação dos meios só implica controlo quando respeitar aos elementos essenciais desses meios.

Nesta perspectiva, é bem possível que os meios técnicos e organizativos sejam exclusivamente determinados pelo subcontratante.

Nestes casos – em que existe uma definição clara das finalidades, mas poucas ou nenhuma orientações sobre os meios técnicos e organizativos – os meios utilizados devem ser razoáveis para alcançar as finalidades e o responsável pelo tratamento dos dados deve ser plenamente informado dos mesmos. Se um subcontratante tivesse influência sobre a finalidade e efectuasse o tratamento (também) em benefício próprio, por exemplo utilizando os dados pessoais recebidos para gerar serviços de valor acrescentado, este subcontratante seria o responsável (ou, possivelmente, co-responsável) por outra actividade de tratamento de dados e, conseqüentemente, estaria sujeito a todas as obrigações estabelecidas na legislação sobre protecção de dados aplicável.

#### Exemplo n.º 3: Empresa designada por subcontratante, mas agindo como responsável pelo tratamento

A empresa MarketinZ presta serviços de publicidade promocional e *marketing* directo a várias empresas. A empresa GoodProductZ celebra um contrato com a MarketinZ, nos termos do qual a segunda prestará serviços de publicidade comercial aos clientes da primeira, sendo designada nesse contrato por subcontratante. No entanto, a MarketinZ decide utilizar a base de dados de clientes da GoodProductZ para promover também produtos de outros clientes. Esta decisão de adicionar mais uma finalidade àquela para que os dados pessoais foram transferidos transforma a MarketinZ no responsável pelo tratamento dos dados nesta operação de tratamento. A questão da licitude deste tratamento será analisada à luz de outros artigos (artigos 6.º a 8.º).

Em alguns sistemas jurídicos, as decisões relativas a medidas de segurança são particularmente importantes, dado que estas medidas são expressamente consideradas um elemento essencial da qualificação como responsável pelo tratamento. Nestes casos, coloca-se a questão de saber quais as decisões sobre segurança que poderão implicar a qualificação como responsável pelo tratamento relativamente a uma empresa que tenha sido subcontratada para efectuar estas operações.

### *Conclusão preliminar*

A determinação da «finalidade» do tratamento está reservada ao «responsável pelo tratamento». Por conseguinte, quem tomar esta decisão é o responsável pelo tratamento (de facto). A determinação dos «meios» do tratamento pode ser delegada pelo responsável pelo tratamento, desde que estejam apenas em causa questões técnicas ou organizativas. As questões substanciais que sejam essenciais para a licitude do tratamento estão reservadas ao responsável pelo tratamento. Uma pessoa ou entidade que decida, por ex., por quanto tempo os dados serão conservados ou quem terá acesso aos dados tratados, estará a agir como um «responsável pelo tratamento» no que respeita a esta parte da utilização dos dados e, como tal, terá de cumprir todas as obrigações impostas aos responsáveis pelo tratamento.

#### III.1.c) Primeiro elemento: «a pessoa singular ou colectiva ou qualquer outro organismo»

O primeiro elemento da definição tem natureza subjectiva: estabelece quem pode ser responsável pelo tratamento e, conseqüentemente, quem é, em última análise, o destinatário das obrigações emergentes da directiva. A definição reproduz exactamente o texto do artigo 2.º da Convenção n.º 108, não tendo sido objectivo de um debate específico no âmbito do processo de aprovação da directiva. Esta disposição enumera os diversos sujeitos que podem desempenhar o papel de responsável pelo tratamento, desde pessoas singulares a pessoas colectivas, referindo-se também, de um modo geral, a «qualquer outro organismo».

É importante que a interpretação deste elemento assegure a aplicação efectiva da directiva, facilitando, tanto quanto possível, uma identificação clara e inequívoca do responsável pelo tratamento em todas as circunstâncias, independentemente de ter sido efectuada e divulgada uma nomeação formal.

Em primeiro lugar, é importante seguir, na medida do possível, a prática estabelecida no sector público e privado em outros ramos do direito, tais como o direito civil, administrativo ou penal. Na maioria dos casos, estas disposições indicarão as pessoas ou organismos a quem as responsabilidades devem ser atribuídas e, em princípio, ajudarão a identificar o responsável pelo tratamento dos dados.

Numa perspectiva estratégica, e a fim de proporcionar às pessoas em causa uma entidade de referência mais estável e fiável para o exercício dos seus direitos ao abrigo da directiva, é preferível atribuir a responsabilidade pelo tratamento à empresa ou ao organismo enquanto tal, e não a uma pessoa específica dentro dessa empresa ou organismo. Em última análise, será a empresa ou o organismo que será considerado responsável pelo tratamento dos dados e pelo cumprimento das obrigações emergentes da legislação sobre protecção de dados, salvo se existirem elementos que indiquem inequivocamente que o responsável é uma pessoa singular. De um modo geral, deve

presumir-se que a empresa ou o organismo público é responsável, enquanto tal, pelas operações de tratamento de dados efectuadas no âmbito das suas actividades e riscos.

Por vezes, as empresas e os organismos públicos nomeiam um responsável pela execução das operações de tratamento. Porém, também neste caso, em que uma pessoa singular específica é incumbida de assegurar o cumprimento dos princípios relativos à protecção de dados ou de tratar dados pessoais, esta pessoa não será o responsável pelo tratamento, na medida em que agirá por conta da pessoa colectiva (empresa ou organismo público), que, na qualidade de responsável pelo tratamento, continuará a ser o responsável em caso de violação dos referidos princípios.<sup>13</sup>

Especialmente em estruturas complexas de grande dimensão, a boa «governança da protecção de dados» passa necessariamente por uma definição clara das responsabilidades da pessoa singular que representa a empresa e das responsabilidades funcionais concretas dentro da estrutura, por exemplo atribuindo a outras pessoas a função de representantes ou pontos de contacto para as pessoas em causa.

Nos casos em que uma pessoa singular que age por conta de uma pessoa colectiva utiliza dados para os seus próprios fins, ultrapassando o âmbito das actividades da pessoa colectiva e, possivelmente, escapando ao seu controlo, é necessária uma análise especial. Neste caso, a pessoa singular em causa seria responsável pelo tratamento de dados que decidiu efectuar e seria responsável pela utilização destes dados pessoais. O responsável pelo tratamento original poderia, ainda assim, ser parcialmente responsável, caso a nova actividade de tratamento tivesse ocorrido devido à falta de medidas de segurança adequadas.

Tal como referido anteriormente, o papel de responsável pelo tratamento é crucial e particularmente relevante para a imputação da responsabilidade e a imposição de sanções. Ainda que os regimes de responsabilidade e as sanções variem de Estado-Membro para Estado-Membro, dado que são estabelecidos pelo direito nacional, a clara identificação da pessoa singular ou colectiva responsável por violações da legislação sobre protecção de dados é, sem dúvida, um requisito essencial da aplicação efectiva da directiva.

A identificação do «responsável pelo tratamento» na perspectiva da protecção dos dados estará associada, na prática, às disposições do direito civil, administrativo ou penal que imputam a responsabilidade ou estabelecem as sanções a que uma pessoa singular ou colectiva pode estar sujeita<sup>14</sup>.

A responsabilidade civil não deve suscitar, neste contexto, questões específicas, dado que, em princípio, se aplica tanto a pessoas singulares como a pessoas colectivas. Contudo, em alguns países, a legislação nacional estabelece que só as pessoas singulares estão sujeitas a responsabilidade penal e/ou administrativa. Se a legislação nacional

---

<sup>13</sup> O mesmo raciocínio é válido para o Regulamento (CE) n.º 45/2001, cujo artigo 2.º, alínea d) menciona «a instituição ou órgão comunitário, a direcção-geral, a unidade ou qualquer outra entidade organizativa». Na prática, foi já esclarecido que os funcionários das instituições e órgãos comunitários que foram nomeados «responsáveis pelo tratamento» agem por conta do órgão para quem trabalham.

<sup>14</sup> Ver «Comparative Study on the Situation in the 27 Member States as regards the Law Applicable to Non-contractual Obligations Arising out of Violations of Privacy and Rights relating to Personality», Comissão Europeia, Fevereiro de 2009, disponível em [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc/study\\_privacy\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/study_privacy_en.pdf)

estabelecer sanções penais ou administrativas por infracções no domínio da protecção de dados, geralmente definirá também quem é o responsável: nos casos em que não está prevista a responsabilidade penal ou administrativa das pessoas colectivas, esta responsabilidade poderá ser imputada aos seus funcionários em conformidade com normas especiais do direito nacional<sup>15</sup>.

O direito comunitário contém exemplos úteis de critérios de imputação da responsabilidade penal<sup>16</sup>, nomeadamente quando a infracção é cometida em benefício da pessoa colectiva. Neste caso, a responsabilidade pode ser imputada a qualquer pessoa «que desempenhe um cargo de direcção na pessoa colectiva, agindo quer a título individual, quer como membro de um dos órgãos da pessoa colectiva, com base em:

- a) poderes de representação da pessoa colectiva;
- b) autoridade para tomar decisões em nome da pessoa colectiva; ou
- c) autoridade para exercer controlo no seio da pessoa colectiva.»

### *Conclusão preliminar*

Resumindo as considerações acima expostas, pode concluir-se que o responsável pela violação de disposições sobre a protecção de dados é sempre o responsável pelo tratamento, ou seja, a pessoa colectiva (empresa ou organismo público) ou a pessoa singular formalmente identificada em conformidade com os critérios estabelecidos pela directiva. Se uma pessoa singular que trabalhe para uma empresa ou organismo público utilizar os dados para os seus próprios fins, fora do âmbito das actividades deste, essa pessoa será considerada, de facto, responsável pelo tratamento e será responsabilizada em conformidade.

#### Exemplo n.º 4: Vigilância secreta dos funcionários

Um membro do Conselho de Administração de uma empresa decide vigiar, em segredo, os seus funcionários, embora esta decisão não tenha sido formalmente aprovada pelo Conselho. A empresa deve ser considerada responsável pelo tratamento e ser responsabilizada pela utilização ilícita dos dados pessoais dos funcionários em causa.

A responsabilidade da empresa resulta, em especial, do facto de, na qualidade de responsável pelo tratamento, ter a obrigação de assegurar o cumprimento das normas sobre segurança e confidencialidade. A utilização ilícita de dados por parte de um funcionário da empresa pode ser considerada resultado da adopção de medidas de segurança deficientes. O facto de, numa fase posterior, o membro do Conselho de Administração ou outras pessoas singulares dentro da empresa poderem ser responsabilizadas, tanto do ponto de vista do direito civil – também perante a empresa – como do ponto de vista do direito pena, é irrelevante.

<sup>15</sup> Tal não impede que a legislação nacional preveja a imputação de responsabilidade penal ou administrativa não apenas ao responsável pelo tratamento como também a qualquer pessoa que viole a legislação sobre protecção de dados.

<sup>16</sup> Ver, por ex., a Directiva 2008/99/CE, de 19 de Novembro de 2008, relativa à protecção do ambiente através do direito penal, a Decisão-Quadro do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa à luta contra o terrorismo. Os instrumentos jurídicos baseiam-se ou no artigo 29.º, no artigo 31.º, alínea e), e no artigo 34.º, n.º 2, alínea b), do Tratado da UE ou correspondem às bases jurídicas de instrumentos utilizado no primeiro pilar, resultantes da jurisprudência fixada pelo TJE nos processos C-176/03, COM/Conselho, Colectânea 2005, I-7879 e C-440/05, COM/Conselho, Colectânea 2007, I-9097. Ver também COM (2005) 583 final.

Tal poderia acontecer, por exemplo, se o membro do Conselho utilizasse os dados recolhidos para extorquir favores pessoais aos funcionários: teria então de ser considerado «responsável pelo tratamento» e ser responsabilizado por esta utilização específica dos dados.

#### III.1.d) Segundo elemento: «individualmente ou em conjunto com outrem»

Tendo por base a análise das características típicas de um responsável pelo tratamento anteriormente realizada, este ponto debruçar-se-á sobre os casos em que vários intervenientes interagem no processo de tratamento de dados pessoais. Com efeito, são cada vez mais os casos em que diferentes intervenientes agem na qualidade de responsáveis pelo tratamento e a definição estabelecida pela directiva abrange estas situações.

A possibilidade de o responsável pelo tratamento agir «individualmente ou em conjunto com outrem» não é mencionada na Convenção n.º 108, tendo sido apenas proposta pelo Parlamento Europeu antes da aprovação da directiva. No seu parecer sobre as alterações do PE, a Comissão refere que *«relativamente a um mesmo tratamento, podem existir vários co-responsáveis que, conjuntamente, determinem as finalidades do tratamento» e que, nesse caso «se deve considerar que cada um dos co-responsáveis está vinculado ao respeito das obrigações impostas pela directiva a fim de proteger as pessoas singulares cujos dados são objecto de tratamento».*

O parecer da Comissão não reflecte totalmente a complexa realidade do tratamento de dados, uma vez que se debruça apenas sobre o caso em que o poder de determinação e o grau de responsabilidade dos responsáveis pelo tratamento por um mesmo tratamento é idêntico. No entanto, a realidade demonstra que este caso corresponde apenas a um dos diferentes tipos de «controlo colectivo» possíveis. Nesta perspectiva, o termo «conjuntamente» deve ser interpretado como «em conjunto com» ou «não individualmente» em diferentes formas e combinações.

Em primeiro lugar, importa referir que a probabilidade de existirem vários intervenientes no tratamento de dados pessoais está naturalmente associada aos vários tipos de actividades que, de acordo com a directiva, podem ser consideradas como «tratamento», que, no fundo, é a actividade objecto de «controlo conjunto». A definição de tratamento estabelecida no artigo 2.º, alínea b), da Directiva não exclui a possibilidade de existirem diferentes intervenientes envolvidos em diferentes operações ou conjuntos de operações efectuadas sobre dados pessoais. Estas operações podem ser simultâneas ou ter lugar em momentos diferentes.

Num cenário tão complexo, é ainda mais importante poder atribuir facilmente papéis e responsabilidades, a fim de evitar que as complexidades do controlo conjunto resultem numa distribuição inviável das responsabilidades, o que prejudicaria a eficácia da legislação sobre protecção de dados. Infelizmente, a multiplicidade de cenários possíveis não permite elaborar uma lista ou classificação exaustiva e «taxativa» dos diferentes tipos de «controlo conjunto». No entanto, seria útil, também neste contexto, fornecer orientações através de algumas categorias e exemplos de controlo conjunto, bem como de alguns elementos factuais a partir dos quais seja possível deduzir ou presumir um controlo conjunto.

Em geral, a análise do controlo conjunto deve ser semelhante à análise do controlo «individual» apresentada nos pontos III.1.a a II.1.c. do presente parecer. Da mesma forma, também a análise do controlo conjunto se deve basear numa abordagem substantiva e funcional, tal como ilustrado anteriormente, centrada na identificação das entidades que determinam as finalidades e os meios de tratamento.

#### Exemplo n.º 5: Instalação de câmaras de videovigilância

O proprietário de um edifício celebra um contrato com uma empresa de segurança para que esta instale algumas câmaras em várias partes do edifício por conta do responsável pelo tratamento. As finalidades da videovigilância e a forma como as imagens são captadas e conservadas são determinadas exclusivamente pelo proprietário do edifício que, desta forma, tem de ser considerado o único responsável por este tratamento.

Também neste contexto, os contratos podem ajudar a analisar o controlo conjunto, mas não dispensam a análise dos elementos factuais da relação existente entre as partes.

#### Exemplo n.º 6: Empresas de recrutamento

A empresa Headhunterz Ltd. ajuda a Enterprize Inc. a recrutar novos colaboradores. O contrato estabelece expressamente que «A Headhunterz Ltd. agirá por conta da Enterprize e procederá ao tratamento de dados pessoais na qualidade de subcontratante. A Enterprize é a única responsável pelo tratamento dos dados». No entanto, a Headhunterz Ltd. encontra-se numa posição ambígua: por um lado, age como responsável pelo tratamento dos dados perante os candidatos a emprego; por outro, considera ser um subcontratante, agindo por conta dos responsáveis pelo tratamento, tais como a Enterprize Inc. e outras empresas que recorrem aos seus serviços de recrutamento. Além disso, a Headhunterz – com o seu famoso serviço de valor acrescentado «global matchz» - procura candidatos viáveis nos CV enviados directamente pela Enterprize e naqueles que existem na sua extensa base de dados. Desta forma, a Headhunterz que, nos termos do contrato, só recebe pelos contratos efectivamente assinados, aumenta as probabilidades de correspondência entre as ofertas de emprego e os candidatos a emprego, aumentando assim as suas receitas. Partindo destes elementos, podemos afirmar que, não obstante a qualificação contratual, a Headhunterz Ltd. deve ser considerada responsável pelo tratamento, em conjunto com a Enterprize Inc., pelo menos em relação aos conjuntos de operações relacionadas com o recrutamento para a Enterprize.

Nesta perspectiva, estaremos perante um caso de controlo conjunto quando diferentes partes determinam, em relação a operações de tratamento específicas, as finalidades ou os elementos essenciais dos meios de tratamento que definem um responsável pelo tratamento (ver pontos III.1.a a III.1.c do presente parecer).

Porém, no contexto do controlo conjunto, a participação das partes na determinação conjunta pode assumir várias formas e não tem de ser partilhada em partes iguais. Com efeito, nos casos em que existem vários intervenientes, a relação entre estes pode ser muito próxima (partilhando, por exemplo, todas as finalidades e meios de tratamento) ou mais superficial (por exemplo, partilhando apenas as finalidades ou os meios, ou parte deles). Por conseguinte, importa considerar uma grande variedade de tipologias de controlo conjunto e avaliar as suas consequências jurídicas, adoptando uma certa flexibilidade para ter em conta a crescente complexidade da realidade do tratamento de dados.

Face a este cenário, é necessário lidar com os diferentes graus de interacção ou ligação entre as partes no tratamento de dados pessoais.

Em primeiro lugar, o simples facto de existir uma cooperação entre vários sujeitos no tratamento de dados pessoais, por exemplo no âmbito de uma cadeia, não implica que estes sejam sempre co-responsáveis pelo tratamento, dado que o intercâmbio de dados entre duas partes sem que exista uma partilha das finalidades ou meios num conjunto comum de operações deve ser considerado apenas como uma transferência de dados entre responsáveis pelo tratamento distintos.

#### Exemplo n.º 7: Agência de viagens (1)

Uma agência de viagens envia dados pessoais dos seus clientes às companhias aéreas e a uma cadeia de hotéis, a fim de fazer as reservas para um pacote de viagem. A companhia aérea e o hotel confirmam a disponibilidade dos lugares e quartos solicitados. A agência de viagens emite os documentos de viagem e os comprovativos da reserva para os seus clientes. Neste caso, a agência de viagens, a companhia aérea e o hotel serão três responsáveis distintos pelo tratamento, cada um deles sujeito a obrigações de protecção de dados em relação às suas próprias operações de tratamento de dados pessoais.

Porém, a análise poderá ser diferente se diferentes intervenientes decidirem criar uma infra-estrutura comum para prosseguirem as suas próprias finalidades. Quando, ao criarem esta infra-estrutura, estes intervenientes determinam os elementos essenciais dos meios a utilizar, estão a agir como co-responsáveis pelo tratamento dos dados – pelos menos neste aspecto -, ainda que não partilhem necessariamente as mesmas finalidades.

#### Exemplo n.º 8: Agência de viagens (2)

A agência de viagens, a cadeia de hotéis e a companhia aérea decidem criar uma plataforma comum na Internet, a fim de melhorarem a sua cooperação em matéria de gestão das reservas. Definem por mútuo acordo elementos importantes dos meios a utilizar, tais como os dados que serão conservados, o modo como as reservas serão distribuídas e confirmadas e quem terá acesso às informações conservadas. Além disso, decidem partilhar os dados dos seus clientes para realizarem acções de *marketing* integradas.

Neste caso, a agência de viagens, a companhia aérea e a cadeia de hotéis exercerão, em conjunto, o controlo sobre o modo de tratamento dos dados pessoais dos respectivos clientes e, como tal, serão considerados co-responsáveis pelas operações de tratamento relacionadas com a plataforma comum de reservas na Internet. Porém, cada um deles manterá o controlo exclusivo de outras actividades de tratamento, nomeadamente as relacionadas com a gestão dos seus recursos humanos.

Por vezes, vários intervenientes tratam sucessivamente os mesmos dados pessoais. Nestes casos, é provável que, numa perspectiva isolada, as diferentes operações de tratamento da cadeia pareçam ser independentes umas das outras, dado que cada uma poderá ter uma finalidade específica. No entanto, é necessário confirmar se, numa perspectiva global, estas operações de tratamento não deverão ser consideradas como um «conjunto de operações» que prosseguem uma finalidade comum ou utilizam meios definidos em conjunto.

Os dois exemplos que se seguem clarificam esta ideia, apresentando dois cenários possíveis.

Exemplo n.º 9: Transferência de dados dos funcionários para as autoridades fiscais

A empresa XYZ recolhe e trata dados pessoais dos seus funcionários para fins de gestão de salários, missões, seguros de saúde, etc. Porém, existe uma lei que impõe à empresa a obrigação de enviar todos os dados relativos a salários às autoridades fiscais, com vista a reforçar o controlo fiscal.

Neste caso, embora tanto a empresa XYZ como as autoridades fiscais procedam ao tratamento dos mesmos dados relativos a salários, a inexistência de uma finalidade ou meios comuns em relação ao tratamento destes dados significa que as duas entidades devem ser qualificadas como dois responsáveis distintos pelo tratamento de dados.

Exemplo n.º 10: Transacções financeiras

Vejamos agora o caso de um banco que utiliza uma empresa de transmissão de mensagens financeiras para realizar as suas transacções financeiras. O banco e a empresa definem por mútuo acordo os meios de tratamento dos dados financeiros. O tratamento de dados pessoais relacionados com as transacções financeiras é efectuado, numa primeira fase, pela instituição financeira e, só mais tarde, pela empresa de transmissão de mensagens financeiras. Ainda que, numa perspectiva isolada, cada uma destas entidades prossiga as suas próprias finalidades, a verdade é que existe uma estreita ligação entre as diferentes fases e finalidade e meios de tratamento. Neste caso, o banco e a empresa podem ser considerados co-responsáveis pelo tratamento.

Existem outros casos em que os vários intervenientes determinam em conjunto, por vezes em graus diferentes, as finalidades e/ou os meios da operação de tratamento.

Há casos em que cada entidade é apenas responsável por uma parte do tratamento, mas as informações são reunidas e tratadas através de uma plataforma.

Exemplo n.º 11: Portais de administração em linha

Os portais de administração em linha (*e-Government*) servem de intermediários entre os cidadãos e a Administração Pública: o portal transfere os pedidos dos cidadãos e armazena os documentos do serviço da Administração Pública até que estes sejam acedidos pelo cidadão. Cada serviço da Administração Pública é responsável pelo tratamento de dados efectuado para os seus próprios fins. Contudo, o próprio portal também pode ser considerado responsável pelo tratamento. Com efeito, trata (ou seja, recolhe e transfere para o serviço competente) os pedidos dos cidadãos, bem como os documentos públicos (ou seja, armazena-os e regula o acesso aos mesmos, nomeadamente através de descarregamento pelos cidadãos) para finalidades (facilitação dos serviços de administração em linha) diferentes daquelas para as quais os dados foram inicialmente tratados por cada serviço da Administração Pública. Para além de estarem sujeitos a outras obrigações, estes responsáveis pelo tratamento terão de garantir a segurança do sistema de transferência de dados pessoais do utilizador para o sistema da Administração Pública, dado que, no fundo, esta transferência é, numa perspectiva global, uma parte essencial do conjunto de operações de tratamento realizadas através do portal.

Outra estrutura possível é a «abordagem baseada na origem», em que cada entidade é responsável pelo tratamento dos dados que introduz no sistema. É o caso de algumas bases de dados que abrangem toda a UE, em que o critério de atribuição do controlo - e, conseqüentemente, da obrigação de satisfazer pedidos de acesso e rectificação – é a origem nacional dos dados pessoais.

As redes sociais em linha apresentam outro cenário interessante.

#### Exemplo n.º 12: Redes sociais

Os prestadores de serviços de redes sociais disponibilizam plataformas de comunicação em linha, que permitem aos utilizadores publicar e trocar informações com outros utilizadores. Estes prestadores de serviços são responsáveis pelo tratamento de dados, na medida em que determinam as finalidades e os meios de tratamento daquelas informações. Os utilizadores dessas redes, que carregam dados pessoais também de terceiros, serão qualificados como responsáveis pelo tratamento, desde que as suas actividades não estejam abrangidas pela chamada «isenção doméstica»<sup>17</sup>.

Depois de analisarmos os casos em que diferentes sujeitos determinam em conjunto apenas uma parte das finalidades e meios de tratamento, há o caso muito simples e que não suscita grandes problemas em que vários sujeitos determinam em conjunto e partilham todas as finalidades e os meios de tratamento, criando uma verdadeira situação de controlo conjunto.

Neste caso, é fácil identificar a entidade competente e que está em posição de assegurar o exercício dos direitos das pessoas em causa, bem como de cumprir as obrigações em matéria de protecção de dados. Porém, a tarefa de determinar o responsável pelo tratamento competente – e responsável – por cada obrigação e por cada direito das pessoas em causa é muito mais complexa quando vários co-responsáveis pelo tratamento partilham finalidades e meios de tratamento de forma assimétrica.

#### *Necessidade de clarificar a distribuição do controlo*

Em primeiro lugar, importa salientar que, especialmente nos casos de controlo conjunto, o facto de uma entidade não estar em posição de cumprir directamente todas as obrigações do responsável pelo tratamento (assegurar a prestação de informações, o direito de acesso, etc.) não exclui a sua qualificação como tal. Na prática, haverá casos em que será mais fácil a outras partes cumprirem essas obrigações, em nome do responsável pelo tratamento, na medida em que estão mais próximas da pessoa em causa. No entanto, o responsável pelo tratamento será, em última análise o destinatário das obrigações e o seu incumprimento ser-lhe-á sempre imputável.

De acordo com um texto apresentado pela Comissão durante o processo de aprovação da directiva, o acesso a determinados dados pessoais implicaria a qualificação como (co-)responsável pelo tratamento desses dados. Contudo, esta formulação não transitou para o texto final e a experiência mostra que, por um lado, o acesso aos dados não implica necessariamente controlo e, por outro, não é um requisito essencial da

<sup>17</sup> Para mais informações e exemplos, ver o Parecer 5/2009 do Grupo de trabalho do artigo 29.º sobre as redes sociais em linha, adoptado em 12 de Junho de 2009 (WP 163).

qualificação como responsável pelo tratamento. Por conseguinte, em sistemas complexos com vários intervenientes, o acesso aos dados pessoais e outros direitos das pessoas em causa podem ser assegurados a diferentes níveis por vários intervenientes.

As consequências jurídicas também estão relacionadas com a responsabilidade dos responsáveis pelo tratamento, o que suscita, em especial, a questão de saber se o «controlo conjunto» estabelecido pela directiva implica sempre responsabilidade solidária. O artigo 23.º sobre responsabilidade utiliza o termo «responsável pelo tratamento» no singular, o que aponta para uma resposta afirmativa. No entanto, tal como referido anteriormente, na realidade existem várias formas de agir «em conjunto com». Em algumas situações, tal poderá implicar responsabilidade solidária, mas nem sempre: em muitos casos, os diversos intervenientes poderão ser responsáveis pelo tratamento de dados pessoais em diferentes fases e em diferentes graus.

No fundo, o importante seria assegurar que, até mesmo em ambientes complexos de tratamento de dados, em que diferentes intervenientes desempenham um papel no tratamento de dados pessoais, a responsabilidade pelo cumprimento das normas sobre protecção de dados e por eventuais violações das mesmas esteja claramente atribuída, a fim de evitar a diminuição do grau de protecção de dados pessoais ou o surgimento de um «conflito negativo de competência» ou lacunas, criando uma situação em que algumas obrigações ou direitos emergentes da directiva não sejam assegurados por nenhuma das partes.

Nestes casos, é importante, mais do que nunca, fornecer informações claras às pessoas em causa, explicando as várias fases do tratamento e os intervenientes envolvidos neste processo. Além disso, deve ser claramente estabelecido se cada responsável pelo tratamento é competente para assegurar o exercício de todos os direitos da pessoa em causa ou, se assim não for, o responsável pelo tratamento competente em relação a cada direito.

#### Exemplo n.º 13: Bancos e repositórios de informação sobre clientes faltosos

Alguns bancos poderão estabelecer um «repositório de informação» comum – nos casos em que a legislação nacional o permita -, para o qual cada um deles fornece informações (dados) sobre clientes faltosos e através do qual todos eles têm acesso a todas as informações. Em alguns países, por exemplo, a legislação estabelece que as pessoas em causa só terão de apresentar os seus pedidos de acesso ou eliminação dos dados, a um «ponto de entrada», o fornecedor. Compete ao fornecedor identificar o responsável pelo tratamento competente e providenciar para que a pessoa em causa receba as respostas solicitadas. A identidade do fornecedor é publicada no Registo de Tratamento de Dados. Em outras jurisdições, estes repositórios de informação são geridos por entidades jurídicas distintas, que agem na qualidade de responsáveis pelo tratamento, enquanto os pedidos de acesso aos dados das pessoas em causa são tratados pelos bancos participantes, que agem na qualidade de intermediários.

#### Exemplo n.º 14: Publicidade comportamental

A publicidade comportamental utiliza informações sobre os hábitos de navegação na Internet de um indivíduo, tais como as páginas visitadas ou as pesquisas efectuadas, para seleccionar os anúncios a exibir a esse indivíduo. Tanto os editores, que frequentemente alugam espaço publicitário nos seus sítios Web, como os fornecedores de redes de publicidade, que preenchem esses espaços com publicidade direccionada, poderão recolher e trocar informações sobre os utilizadores, dependendo do contrato entre eles celebrado.

Sob a perspectiva de protecção dos dados, o editor deve ser considerado um responsável pelo tratamento autónomo, na medida em que recolhe dados pessoais do utilizador (perfil do utilizador, endereço IP, localização, linguagem do sistema operativo, etc.) para os seus próprios fins. O fornecedor da rede de publicidade também será considerado responsável pelo tratamento, na medida em que determina as finalidades (monitorização dos utilizadores dos sítios Web) ou os meios essenciais de tratamento dos dados. Dependendo das condições de colaboração entre o editor e o fornecedor da rede de publicidade, se, por exemplo, o primeiro facilitar a transferência de dados pessoais para o segundo, nomeadamente redireccionando o utilizador para a página Web deste, ambos poderão ser considerados co-responsáveis pelo conjunto de operações de tratamento subjacentes à publicidade comportamental.

Em qualquer caso, os (co-)responsáveis devem assegurar-se de que a complexidade e as especificidades técnicas do sistema de publicidade comportamental não os impedem de encontrar formas adequadas de cumprir as obrigações impostas aos responsáveis pelo tratamento e de garantir os direitos das pessoas em causa. Tal incluirá, por exemplo:

- *informações* ao utilizador sobre o facto de um terceiro ter acesso aos seus dados: estas informações poderão ser fornecida de modo mais eficiente pelo editor, que é o principal interlocutor do utilizador;
- condições de *acesso* aos dados pessoais: a empresa de redes de publicidade teria de responder a perguntas dos utilizadores sobre a forma como utiliza os seus dados para realizar publicidade direccionada e de satisfazer os pedidos de correcção e eliminação dos dados.

Além disso, os editores e os fornecedores de redes de publicidade poderão estar sujeitos a outras obrigações emergentes do direito civil e da legislação sobre protecção dos consumidores, nomeadamente em matéria de responsabilidade civil extracontratual e práticas comerciais desleais.

#### *Conclusão preliminar*

As entidades que agem em conjunto dispõem de um certo grau de flexibilidade na distribuição de obrigações e responsabilidades entre si, desde que assegurem o cumprimento integral das normas aplicáveis. As normas sobre o exercício de responsabilidades conjuntas devem ser, em princípio, estabelecidas pelos responsáveis pelo tratamento. No entanto, também neste caso, devem ser tomadas em consideração as circunstâncias factuais, a fim de determinar se o acordo celebrado entre as partes reflecte a realidade do tratamento de dados subjacente.

Nesta perspectiva, a análise do controlo conjunto deve tomar em consideração, por um lado, a necessidade de assegurar o cumprimento integral das normas sobre protecção de dados e, por outro, a possibilidade da multiplicidade de responsáveis pelo tratamento criar complexidades indesejáveis e situações dúbias em relação à atribuição de responsabilidades. Se tal acontecesse, todo o processo de tratamento poderia ser considerado ilícito devido a falta de transparência e o princípio do tratamento leal seria violado.

#### Exemplo n.º 15: Plataformas de gestão de dados de saúde

Num Estado-Membro, uma autoridade pública estabelece um ponto nacional de controlo, que regula o intercâmbio de dados dos doentes entre os profissionais da saúde. A pluralidade de responsáveis pelo tratamento – dezenas de milhares – cria uma situação de tal forma confusa para as pessoas em causa (doentes) que a protecção dos seus direitos fica comprometida. Com efeito, as pessoas em causa não sabem ao certo a quem devem apresentar queixas, perguntas e pedidos de informação ou solicitar correcções ou acesso a dados pessoais. Além disso, a autoridade pública é responsável pela concepção do sistema de tratamento e pela forma como é utilizado. Estes factos levam à conclusão de que a autoridade pública que estabeleceu o ponto de controlo deve ser considerada co-responsável pelo tratamento, bem como ponto de contacto para os pedidos das pessoas em causa.

Neste contexto, poderia defender-se que a responsabilidade solidária de todos os intervenientes deveria ser considerada um meio de eliminar ambiguidades e, como tal, ser presumida apenas nos casos em que não exista uma atribuição de obrigações e responsabilidades clara e igualmente eficaz ou quando tal não resulte claramente das circunstâncias factuais.

#### III.2. Definição de subcontratante

A Convenção n.º 108 não refere o conceito de subcontratante. O papel do subcontratante é reconhecido, pela primeira vez, na primeira proposta da Comissão, que, no entanto, não introduz este conceito, com vista a «evitar situações em que o tratamento de dados por um terceiro por conta do responsável pelo ficheiro resulte numa redução do nível de protecção conferido à pessoa em causa». O conceito de subcontratante só é expressamente e autonomamente enunciado na proposta alterada da Comissão, na sequência de uma proposta do Parlamento Europeu, tendo depois assumido a sua actual formulação na posição comum do Conselho.

Tal como acontece com a definição de responsável pelo tratamento, a definição de subcontratante abrange um vasto leque de intervenientes que podem desempenhar o papel de subcontratante («... a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo...»).

A existência de um subcontratante depende de uma decisão tomada pelo responsável pelo tratamento, que pode optar entre tratar os dados no seio da sua organização, por exemplo através de pessoal habilitado a tratar os dados sob a sua autoridade directa (ver, *a contrario*, o artigo 2.º, alínea f)), ou confiar a totalidade ou parte das actividades de tratamento a uma organização externa, ou seja – tal como referido na exposição de motivos da proposta alterada da Comissão – a «uma pessoa juridicamente distinta que aja por sua conta».

Por conseguinte, são duas as condições básicas para a qualificação como subcontratante: por um lado, ser uma entidade jurídica distinta do responsável pelo tratamento e, por outro, proceder ao tratamento de dados pessoais por conta deste. Esta actividade de tratamento pode restringir-se a uma tarefa ou contexto muito específico ou ser mais geral e abrangente.

Além disso, o papel do subcontratante não resulta da natureza de uma entidade que procede ao tratamento de dados, mas sim das suas actividades concretas num contexto específico. Por outras palavras, a mesma entidade pode agir na qualidade de responsável pelo tratamento em relação a determinadas operações de tratamento e, simultaneamente, na qualidade de subcontratante em relação a outras, pelo que a qualificação como responsável pelo tratamento ou como subcontratante tem de ser analisada face a conjuntos específicos de dados ou operações.

Exemplo n.º 16: Fornecedores de serviços da Internet que prestam serviços de alojamento Web

Um ISP que preste serviços de alojamento Web é, em princípio, um subcontratante em relação aos dados pessoais publicados na Internet pelos seus clientes, que utilizam o ISP para o alojamento e manutenção dos seus sítios Web. Se, porém, o ISP proceder a um tratamento ulterior dos dados contidos nos sítios Web para os seus próprios fins, passa a ser o responsável por esse tratamento específico. A qualificação já seria diferente se o ISP fornecesse serviços de correio electrónico ou de acesso à Internet (ver também o exemplo n.º 1: operadores de telecomunicações).

O elemento mais importante é o requisito de que o subcontratante aja «...por conta do responsável pelo tratamento...» Agir por conta de outrem significa servir os interesses de outra pessoa e evoca o conceito jurídico de «delegação». No caso da legislação sobre protecção de dados, o subcontratante é chamado a cumprir as instruções emitidas pelo responsável pelo tratamento, pelo menos no que diz respeito à finalidade do tratamento e aos elementos essenciais dos meios de tratamento.

Nesta perspectiva, a licitude da actividade de tratamento de dados do subcontratante é determinada pelo mandato conferido pelo responsável pelo tratamento. Um subcontratante que vá além do seu mandato e assuma um papel relevante na determinação das finalidades ou dos meios essenciais do tratamento é (co-)responsável pelo tratamento e não um subcontratante. A questão da licitude deste tratamento será analisada à luz de outros artigos (artigos 6.º a 8.º). Contudo, a delegação não exclui um certo grau de discricionariedade na escolha dos meios que melhor servem os interesses do responsável pelo tratamento, o que permite ao subcontratante escolher os meios técnicos e organizativos mais adequados.

Exemplo n.º 17: Externalização de serviços postais

Algumas empresas privadas prestam serviços postais a entidades públicas – por ex., o envio do abono de família e do subsídio de maternidade por conta do Serviço Nacional de Segurança Social. Neste caso, uma autoridade responsável pela protecção de dados considerou que as empresas privadas em causa deveriam ser qualificadas como subcontratantes, dado que a sua tarefa, embora realizada com um certo grau de autonomia, estava limitada apenas a uma parte das operações de tratamento necessárias para a prossecução das finalidades determinadas pelo responsável pelo tratamento.

A fim de evitar que a externalização de serviços e a delegação reduzam o grau de protecção dos dados, a directiva contém duas disposições dirigidas expressamente ao subcontratante e que definem, com grande pormenor, as suas obrigações em matéria de confidencialidade e segurança.

- O artigo 16.º estabelece que o próprio subcontratante, bem como qualquer pessoa que, agindo sob a sua autoridade, tenha acesso a dados pessoais, não poderá proceder ao seu tratamento sem instruções do responsável pelo tratamento.

- O artigo 17.º relativo à segurança do tratamento estabelece a necessidade das relações entre o responsável pelo tratamento dos dados e o subcontratante serem regidas por um contrato ou um acto jurídico vinculativo. Este contrato deve ser reduzido a escrito para efeitos probatórios e deve estipular, no mínimo, que o subcontratante apenas actuará mediante instruções do responsável pelo tratamento e implementará medidas técnicas e organizativas adequadas para proteger os dados pessoais. O contrato deve conter uma descrição suficientemente detalhada do mandato do subcontratante.

Neste contexto, importa salientar que, em muitos casos, os prestadores de serviços especializados em certas actividades de tratamento de dados (por exemplo, o pagamento de salários) criam serviços e contratos-tipo que serão assinados pelos responsáveis pelo tratamento dos dados, estabelecendo, de facto, uma certa forma de tratar dados pessoais<sup>18</sup>. No entanto, o facto de o contrato e das suas cláusulas serem redigidos pelo prestador de serviços e não pelo responsável pelo tratamento não é, *por si só*, suficiente para concluir que o prestador de serviços deve ser considerado responsável pelo tratamento, desde que este tenha aceite livremente as condições contratuais, aceitando assim toda a responsabilidade pelas mesmas.

Da mesma forma, o desequilíbrio na relação contratual entre um pequeno responsável pelo tratamento de dados e uma grande empresa de prestação de serviços não pode ser invocado como justificação para a aceitação de cláusulas e condições incompatíveis com a legislação sobre protecção de dados por parte do responsável pelo tratamento.

#### Exemplo n.º 18: Plataformas de correio electrónico

O Sr. João Silva está à procura de uma plataforma de correio electrónico para si e para os cinco trabalhadores da sua empresa. Descobre uma plataforma adequada de fácil utilização – e também gratuita – que conserva dados pessoais por um período de tempo excessivo e os transfere para países terceiros sem garantias adequadas. Além disso, as condições contratuais não admitem negociação.

Neste caso, o Sr. Silva deve procurar outro fornecedor ou – em caso de alegado incumprimento das normas de protecção de dados ou inexistência de outros fornecedores no mercado – submeter o caso às autoridades competentes, tais como as autoridades responsáveis pela protecção de dados, as autoridades de protecção do consumidor, as autoridades de defesa da concorrência, etc.

<sup>18</sup> A redacção das cláusulas do contrato pelo prestador de serviços não prejudica o facto de os aspectos essenciais do tratamento, descritos no ponto III.1.b, serem determinados pelo responsável pelo tratamento.

O facto da directiva exigir um contrato escrito para assegurar a segurança do tratamento não significa que não possam existir relações entre responsáveis pelo tratamento e subcontratantes sem um contrato prévio. Nesta perspectiva, o contrato não é constitutivo nem decisivo, ainda que possa ajudar a compreender melhor a relação entre as partes<sup>19</sup>. Assim, também neste caso, deve ser adoptada uma abordagem funcional que analise os elementos factuais das relações entre as diferentes partes e a forma como as finalidades e os meios de tratamento são determinados. Se, aparentemente, existir uma relação entre um responsável pelo tratamento e um subcontratante, estas partes são obrigadas a celebrar um contrato nos termos da lei (ver artigo 17.º da Directiva).

### *Pluralidade de subcontratantes*

A externalização do tratamento de dados pelo responsável pelo tratamento a vários subcontratantes é uma situação cada vez mais frequente. Estes subcontratantes podem ter uma relação directa com o responsável pelo tratamento ou ter sido contratados pelos próprios subcontratantes para a realização de parte das actividades de tratamento que lhes foram confiadas.

As novas tecnologias levam à proliferação destas estruturas complexas (difusas ou com vários níveis) de tratamento de dados pessoais e a legislação de alguns países menciona-as expressamente. A directiva não impede que, devido a requisitos organizativos, várias entidades possam ser designadas como subcontratantes (directos ou indirectos), subdividindo as tarefas em causa. No entanto, todas elas devem cumprir as instruções emitidas pelo responsável pelo tratamento na realização das actividades de tratamento.

#### Exemplo n.º 19: Computação em grelha

As infra-estruturas de investigação em larga escala recorrem cada vez mais a sistemas de computação distribuída, especialmente grelhas, para optimizarem a sua capacidade de computação e armazenamento. As grelhas estão instaladas em diferentes infra-estruturas de investigação estabelecidas em diferentes países. Uma grelha europeia pode, por exemplo, ser constituída por grelhas nacionais que, por sua vez, são da responsabilidade de um organismo nacional. Porém, pode não existir um órgão central responsável pelo funcionamento desta grelha europeia. Os investigadores que utilizam a rede não conseguem geralmente identificar onde ocorre exactamente o tratamento dos dados e, conseqüentemente, quem é o subcontratante responsável (o caso é ainda mais complicado se existirem infra-estruturas de redes em países terceiros). Se uma destas infra-estruturas utilizar os dados de forma não autorizada, pode ser considerada responsável pelo tratamento, salvo se agir por conta dos investigadores.

A questão estratégica aqui é que – havendo uma pluralidade de intervenientes no processo – as obrigações e responsabilidades emergentes da legislação sobre protecção de dados devem estar claramente atribuídas e não dispersas pela cadeia de externalização/subcontratação. Por outras palavras, é necessário evitar uma cadeia de

<sup>19</sup> Porém, em alguns casos, a existência de um contrato escrito pode ser uma condição necessária da qualificação automática como subcontratante em certos contextos. Em Espanha, por exemplo, o relatório sobre *call centers* define como subcontratantes todos os *call centers* situados em países terceiros, desde que cumpram o contrato. É indiferente que o contrato tenha sido redigido pelo subcontratante e que o responsável pelo tratamento tenha meramente «aderido» ao mesmo.

subcontratantes que prejudique ou até mesmo impeça um controlo eficaz das actividades de tratamento e a identificação clara do responsável pelas mesmas, salvo se as responsabilidades dos diversos elementos da cadeia estiverem claramente definidas.

Nesta perspectiva, e seguindo a mesma linha de pensamento apresentada no ponto III.1.b – embora não seja necessário que o responsável pelo tratamento defina e concorde com todos os pormenores dos meios utilizados para prosseguir as finalidades pretendidas – é necessário que ele seja, pelo menos, informado dos principais elementos da estrutura de tratamento (por exemplo, as partes envolvidas, as medidas de segurança, as garantias em caso de tratamento dos dados em países terceiros, etc.), para que possa estar ainda em posição de controlar os dados tratados por sua conta.

Importa igualmente ter em conta que, embora a directiva impute a responsabilidade ao responsável pelo tratamento, não impede que as leis nacionais sobre protecção de dados estabeleçam que, em certos casos, o subcontratante também deve ser responsabilizado.

Há alguns critérios que poderão ajudar a determinar a qualificação dos vários sujeitos envolvidos:

- Nível das instruções previamente emitidas pelo responsável pelo tratamento, que determina a margem de manobra do subcontratante;
- O acompanhamento, por parte do responsável pelo tratamento, da execução do serviço; Uma fiscalização constante e rigorosa por parte do responsável pelo tratamento, a fim de assegurar o integral cumprimento das instruções e das condições do contrato pelo subcontratante indica que o responsável pelo tratamento ainda controla, total e exclusivamente, as operações de tratamento;
- A visibilidade/imagem transmitida pelo responsável pelo tratamento à pessoa em causa e as expectativas das pessoas em causa com base nesta visibilidade.

#### Exemplo n.º 20: Call centers

Um responsável pelo tratamento de dados contrata um *call center* para realizar algumas das suas operações e dá-lhe instruções para se apresentar com a identidade do responsável pelo tratamento durante os telefonemas para os seus clientes. Neste caso, as expectativas dos clientes e a forma como o responsável pelo tratamento se apresenta através da empresa subcontratada levam à conclusão de que esta empresa age na qualidade de subcontratante em nome (por conta) do responsável pelo tratamento.

- Conhecimentos especializados das partes: em certos casos, o papel tradicional e a área de especialização profissional do prestador de serviços desempenham um papel predominante, que poderá implicar a sua qualificação como responsável pelo tratamento de dados.

#### Exemplo n.º 21: Advogados

Um advogado representa o seu cliente em tribunal e, neste contexto, procede ao tratamento de dados pessoais relacionados com o caso do cliente. A base jurídica para a utilização das informações necessárias é o mandato do cliente. Porém, este mandato não tem por objecto o tratamento de dados, mas sim a representação em tribunal, uma actividade para a qual estes profissionais tradicionalmente possuem a sua própria base jurídica.

Por conseguinte, estes profissionais devem ser considerados «responsáveis pelo tratamento» independentes em relação ao tratamento de dados efectuado no âmbito da representação legal dos seus clientes.

Num contexto diferente, uma análise mais aprofundada dos meios implementados para alcançar as finalidades do tratamento também pode ser determinante.

Exemplo n.º 22: Sítio Web de «perdidos e achados»

Um sítio Web de «perdidos e achados» apresentava-se como um mero subcontratante, dado que seriam aqueles que colocam anúncios sobre objectos perdidos quem determinaria o conteúdo e, por conseguinte, numa perspectiva isolada, a finalidade (por ex., encontrar uma pregadeira, um papagaio, etc.) A autoridade responsável pela protecção de dados rejeitou este argumento. O sítio Web tinha sido criado com um objectivo comercial: ganhar dinheiro com a colocação de anúncios de objectos perdidos. O facto de não determinar os objectos específicos que eram mencionados nos anúncios colocados no sítio Web (determinando apenas as categorias de objectos) não era crucial, dado que a definição de «responsável pelo tratamento» não abrange expressamente a determinação do conteúdo. O sítio Web determina as condições de colocação dos anúncios, entre outras, e é responsável pela adequação do conteúdo.

Embora possa ter existido a tendência para identificar, de um modo geral, a externalização com as tarefas de um subcontratante, hoje em dia as situações e a sua análise são, em regra, muito mais complexas.

Exemplo n.º 23: Contabilistas

A qualificação dos contabilistas depende do contexto. Quando os contabilistas prestam serviços ao público em geral e a pequenos comerciantes com base em instruções muito gerais («Trate das minhas declarações fiscais»), serão – à semelhança do que acontece com os advogados em circunstâncias semelhantes e por razões semelhantes – considerados responsáveis pelo tratamento. Porém, quando um contabilista trabalha para uma empresa e recebe instruções específicas do contabilista interno para realizar, por exemplo, uma auditoria detalhada, em regra ele será considerado um subcontratante (se não for um trabalhador da empresa), dado que as instruções emitidas serão muito claras e a sua discricionariedade será muito limitada. No entanto, importa fazer uma reserva muito importante: se detectarem casos de negligência profissional que estejam obrigados a comunicar, então, por força das obrigações profissionais a que estão sujeitos, estarão a agir, de forma independente, como responsáveis pelo tratamento.

Por vezes, a complexidade das operações de tratamento pode levar a que seja atribuída maior relevância à margem de manobra de que dispõem aqueles a quem foi confiado o tratamento de dados pessoais, por ex. quando o tratamento está associado a um risco específico de violação da privacidade. A introdução de novos meios de tratamento poderá apontar para a qualificação como responsável pelo tratamento e não como subcontratante. Nestes casos, a lei poderá esclarecer expressamente a questão e designar o responsável pelo tratamento.

#### Exemplo n.º 24: Tratamento para fins históricos, científicos e estatísticos

A legislação nacional pode estabelecer, no contexto do tratamento de dados pessoais para fins históricos, científicos e estatísticos, o conceito de organização intermediária para designar o organismo responsável pela conversão de dados não codificados em dados codificados, a fim de evitar que o responsável pelo tratamento para fins históricos, científicos e estatísticos consiga voltar a identificar as pessoas em causa.

Se vários responsáveis pelas operações iniciais de tratamento transmitirem dados a um ou mais terceiros para tratamento ulterior dos dados para fins históricos, científicos e estatísticos, os dados são previamente codificados por uma organização intermediária. Neste caso, a organização intermediária poderá ser considerada responsável pelo tratamento, nos termos da legislação nacional aplicável, estando sujeita a todas as obrigações daí resultantes (relevância dos dados, informação da pessoa em causa, notificação, etc.). Tal deve-se ao facto de a protecção dos dados ficar particularmente ameaçada, quando são reunidos dados provenientes de diversas fontes, o que justifica a responsabilidade da própria organização intermediária. Por este motivo, não é considerada um mero subcontratante, mas sim responsável pelo tratamento face à legislação nacional.

Da mesma forma, a autonomia de decisão das várias partes envolvidas no tratamento também é relevante. O caso dos ensaios clínicos de medicamentos mostra que a relação entre as empresas patrocinadoras e as entidades externas incumbidas da condução dos ensaios depende da discricionariedade que é concedida a estas últimas em relação ao tratamento de dados. Nestes casos, pode existir mais do que um responsável pelo tratamento, mas também mais do que um subcontratante ou pessoa encarregada do tratamento.

#### Exemplo n.º 25: Ensaios clínicos de medicamentos

A empresa farmacêutica XYZ patrocina alguns ensaios de medicamentos e selecciona os centros de ensaio candidatos, avaliando a sua elegibilidade e interesses; elabora o protocolo do ensaio, fornece as necessárias orientações aos centros em matéria de tratamento dos dados e verifica se estes cumprem o protocolo e os respectivos procedimentos internos.

Embora o patrocinador não recolha directamente dados, obtém os dados dos doentes recolhidos pelos centros de ensaio e procede ao seu tratamento de diversas formas (avaliando as informações constantes dos documentos médicos, recebendo os dados sobre reacções adversas, introduzindo estes dados na base de dados relevante, realizando análises estatísticas para obter os resultados do ensaio). O centro realiza o ensaio de forma autónoma, embora em conformidade com as instruções do patrocinador; fornece as informações necessárias aos doentes e obtém o seu consentimento, nomeadamente em relação ao tratamento dos seus dados pessoais; autoriza o acesso dos colaboradores do patrocinador aos documentos médicos originais dos doentes para fins de monitorização; e gere e é responsável pela segurança desses documentos. Por conseguinte, parece que as responsabilidades são atribuídas a cada um dos intervenientes.

Neste caso, tanto os centros de ensaio como os patrocinadores tomam decisões importantes sobre a forma como os dados pessoais são tratados no âmbito dos ensaios clínicos. Assim sendo, podem ser considerados co-responsáveis pelo tratamento dos dados. A relação entre o patrocinador e os centros de ensaios pode ser objecto de uma interpretação diferente nos casos em que o patrocinador determina as finalidades e os elementos essenciais dos meios de tratamento e o investigador tem uma margem de manobra muito reduzida.

### III.3. Definição de terceiro

O conceito de «terceiro» não está estabelecido na Convenção n.º 108, tendo sido introduzido pela proposta alterada da Comissão na sequência de uma alteração proposta pelo Parlamento Europeu. Segundo a exposição de motivos, a alteração foi reformulada para esclarecer que o termo «terceiro» não incluía a pessoa em causa, o responsável pelo tratamento e qualquer pessoa habilitada a tratar dos dados sob a autoridade directa ou por conta do responsável pelo tratamento ou do subcontratante. Deste modo, *«as pessoas que trabalham para outra organização, ainda que esta pertença ao mesmo grupo ou empresa-mãe, serão, em regra, consideradas terceiros»*, enquanto *«os balcões de um banco que procedem ao tratamento das contas dos clientes sob a autoridade directa da sede não serão considerados terceiros»*.

A directiva utiliza o termo «terceiro» de forma semelhante àquela em que este conceito é normalmente utilizado no direito civil, em que um terceiro é geralmente uma pessoa que não é parte de uma entidade ou de um contrato. No contexto da protecção de dados, este conceito deve ser interpretado como definindo qualquer pessoa que não disponha de legitimidade ou habilitação específica – resultante, por exemplo, do seu papel como responsável pelo tratamento, subcontratante ou funcionário destes – para o tratamento de dados pessoais.

A directiva utiliza este conceito em muitas disposições, geralmente com o objectivo de estabelecer proibições, restrições e obrigações nos casos em que os dados pessoais possam ser tratados por outras partes que, inicialmente, não estivessem habilitadas a tratar determinados dados pessoais.

Perante este cenário, é de concluir que um terceiro que receba dados pessoais – licitamente ou ilicitamente – será, em princípio, um novo responsável pelo tratamento, desde que estejam reunidos os restantes requisitos para a qualificação desta parte como responsável pelo tratamento e para a aplicação da legislação sobre protecção de dados.

#### Exemplo n.º 26: Acesso não autorizado por um funcionário

No desempenho das suas funções, um funcionário de uma empresa toma conhecimento de dados pessoais aos quais não está autorizado a aceder. Neste caso, o funcionário deve ser considerado um «terceiro» em relação ao seu empregador, com todas as consequências daí resultantes, nomeadamente ao nível da responsabilidade pela licitude da comunicação e do tratamento dos dados.

#### IV. Conclusões

O conceito de responsável pelo tratamento dos dados e a sua relação com o conceito de subcontratante desempenham um papel fundamental na aplicação da Directiva 95/46/CE, na medida em que determinam o responsável pelo cumprimento das normas sobre protecção de dados, o modo como as pessoas em causa podem exercer os seus direitos, qual o direito nacional aplicável e a eficácia da actuação das autoridades responsáveis pela protecção de dados.

A diferenciação organizacional no sector público e no sector privado, a evolução das TIC, bem como a globalização do tratamento de dados, aumentam a complexidade dos mecanismos de tratamento de dados, exigindo uma clarificação destes conceitos, a fim de assegurar uma aplicação efectiva e o cumprimento na prática.

O conceito de responsável pelo tratamento é autónomo, no sentido em que deve ser interpretado essencialmente em conformidade com a legislação da UE em matéria de protecção de dados, e funcional, no sentido em que visa atribuir a responsabilidade àqueles que exercem uma influência de facto e, como tal, baseia-se numa análise factual e não formal.

A definição constante da directiva divide-se em três grandes grupos constituintes: o aspecto subjectivo (*«a pessoa singular ou colectiva, a autoridade pública, o serviço ou qualquer outro organismo»*); a possibilidade de controlo colectivo (*«que, individualmente ou em conjunto com outrem»*); e os elementos essenciais que distinguem o responsável pelo tratamento de outros intervenientes (*«determine as finalidades e os meios de tratamento dos dados pessoais»*).

A análise destes grupos constituintes permite retirar as seguintes conclusões:

- A competência para *«determinar as finalidades e os meios...»* pode resultar de diferentes circunstâncias jurídicas e/ou factuais: competência prevista expressamente na lei, quando esta nomeia o responsável pelo tratamento ou atribui a tarefa ou o dever de recolher e tratar determinados dados; disposições legais comuns ou papéis tradicionais que normalmente implicam uma certa responsabilidade em determinadas organizações (por exemplo, o empregador em relação aos dados dos seus funcionários); circunstâncias factuais e outros elementos (tais como as relações contratuais, o controlo efectivamente exercido por uma parte, a visibilidade perante as pessoas em causa, etc.).

Se nenhuma destas categorias for aplicável, a nomeação do responsável pelo tratamento deve ser considerada «nula e sem efeito». Na verdade, um organismo que não dispõe de competência legal nem de influência de facto para determinar o modo de tratamento dos dados pessoais não pode ser considerado o responsável pelo tratamento.

A determinação da «finalidade» do tratamento implica a qualificação como responsável (de facto) pelo tratamento. Por outro lado, a determinação dos «meios» de tratamento pode ser delegada pelo responsável pelo tratamento, desde que estejam apenas em causa questões técnicas ou organizativas. Contudo, as questões substanciais que são essenciais para a licitude do tratamento – tais como os dados que serão objecto de tratamento, o período de conservação dos dados, o acesso, etc. - estão reservadas ao responsável pelo tratamento.

- O aspecto *subjectivo* da definição enumera os diversos sujeitos que podem desempenhar o papel de responsável pelo tratamento. Porém, numa perspectiva estratégica, é preferível atribuir a responsabilidade pelo tratamento à empresa ou ao organismo enquanto tal, e não a uma pessoa específica dentro dessa empresa ou organismo. Em última análise, será a empresa ou o organismo que será considerado responsável pelo tratamento dos dados e pelo cumprimento das obrigações emergentes da legislação sobre protecção de dados, salvo se existirem elementos que indiquem inequivocamente que o responsável é uma pessoa singular. É o que acontece, por exemplo, quando uma pessoa singular que trabalha para uma empresa ou organismo público utiliza dados para os seus próprios fins, fora do âmbito das actividades da empresa.
- A possibilidade de *controlo colectivo* toma em consideração o crescente número de situações em que diferentes entidades agem como responsáveis pelo tratamento. A análise deste controlo conjunto deve ser semelhante à análise do controlo «individual», adoptando uma abordagem substantiva e funcional centrada na identificação das entidades que determinam as finalidades e os elementos essenciais dos meios de tratamento.

A participação das partes na determinação das finalidades e dos meios de tratamento no contexto do controlo conjunto pode assumir várias formas e não tem de ser partilhada em partes iguais. O presente parecer apresenta vários exemplos de diferentes tipos e graus de controlo conjunto. A diferentes graus de controlo podem corresponder diferentes graus de responsabilidade, pelo que não é possível presumir que existe sempre responsabilidade «solidária». Além disso, é bem possível que, em sistemas complexos com vários intervenientes, o acesso aos dados pessoais e o exercício de outros direitos das pessoas em causa possam ser assegurados a diferentes níveis por vários intervenientes.

O parecer analisa igualmente o conceito de subcontratante, cuja existência depende de uma decisão tomada pelo responsável pelo tratamento, que pode optar entre proceder ao tratamento dos dados no seio da sua organização ou delegar a totalidade ou parte das actividades de tratamento a uma organização externa. Por conseguinte, são duas as condições básicas para a qualificação como subcontratante: por um lado, ser uma entidade jurídica distinta do responsável pelo tratamento e, por outro, proceder ao tratamento de dados pessoais por conta deste. Esta actividade de tratamento pode restringir-se a uma tarefa ou contexto muito específico ou permitir um certo grau de discricionariedade na escolha dos meios que melhor servem os interesses do responsável pelo tratamento, o que permite ao subcontratante escolher os meios técnicos e organizativos mais adequados.

Além disso, o papel do subcontratante não resulta da natureza de uma entidade que procede ao tratamento de dados, mas sim das suas actividades concretas num contexto específico e em relação a conjuntos específicos de dados ou operações. Há alguns critérios que poderão ajudar a determinar a qualificação dos vários intervenientes no processo de tratamento de dados: o nível das instruções previamente emitidas pelo responsável pelo tratamento; o acompanhamento da execução do serviço pelo responsável pelo tratamento; a visibilidade perante as pessoas em causa; os conhecimentos especializados das partes; a autonomia de decisão das várias partes.

O conceito de «terceiro», uma categoria residual, define qualquer pessoa que não disponha de legitimidade ou habilitação específica – resultante, por exemplo, do seu papel como responsável pelo tratamento, subcontratante ou funcionário destes – para o tratamento de dados pessoais.

\* \* \*

O Grupo de trabalho reconhece as dificuldades da aplicação das definições constantes da directiva num ambiente complexo, onde podem ser previstos vários cenários que envolvam responsáveis pelo tratamento e subcontratantes, agindo individualmente ou em conjunto, com diferentes graus de autonomia e responsabilidade.

Na sua análise, o Grupo de trabalho sublinhou a necessidade de atribuir a responsabilidade de forma que o cumprimento das normas sobre protecção de dados seja suficientemente garantido na prática. Contudo, não encontrou qualquer motivo para questionar a relevância e aplicabilidade, naquela perspectiva, da actual distinção entre responsáveis pelo tratamento e subcontratantes.

Por conseguinte, o Grupo de trabalho espera que as explicações fornecidas no presente parecer, ilustradas por exemplos concretos retirados da experiência quotidiana das autoridades responsáveis pela protecção de dados, sejam um guia útil para a interpretação destas definições-chave da directiva.

Feito em Bruxelas, em 16 de Fevereiro de 2010

*Pelo Grupo de Trabalho,  
O Presidente  
Jacob KOHNSTAMM*