

A AUTONOMIA DA FUNÇÃO DE ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS E A INDEPENDÊNCIA DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Por A. Barreto Menezes Cordeiro

SUMÁRIO:

§1.º Introdução. 1. Enquadramento. 2. O objeto e os objetivos do RGPD. **§2.º A designação do Encarregado de Proteção de Dados.** 3. Evolução histórica. 4. A obrigatoriedade de designação: enquadramento. 5. Autoridades públicas. 6. Atividades principais. 7. Dados pessoais especiais. **§3.º O Encarregado de Proteção de Dados.** 8. O perfil do EPD. 9. A relação entre o EPD e o responsável/subcontratante. 10. A independência do EPD. 11. As funções do EPD. **§4.º Conflitos de Interesses.** 12. O conceito de conflito de interesses: linhas gerais. 13. Conflito de interesses: o artigo 38.º/6 do RGPD. **§5.º O Advogado enquanto EPD.** 14. Enquadramento a aspetos formais. 15. Potenciais conflitos de interesses em relação à designação de advogados para a função de EPD. 16. O Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados.

§1.º Introdução

1. Enquadramento

I. O RGPD⁽¹⁾ alterou por completo o paradigma do Direito da proteção de dados em todas as suas dimensões: legislativa, prática, doutrinária e, a seu tempo, jurisprudencial.

(1) *Regulamento (UE) n.º 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretriz 95/46/CE.*

Apesar de o Direito da proteção de dados não ser um ramo jurídico novo, é indiscutível que apenas com o RGPD assumiu, entre nós, maior visibilidade juscientífica⁽²⁾. As razões para esta *descoberta* — saúdam-se, naturalmente, os pioneiros do seu estudo — são um reflexo da revolução imprimida pelo RGPD, com destaque para a densificação dos direitos dos titulares de dados pessoais, o agravamento dos deveres dos responsáveis pelo tratamento de dados e dos subcontratantes, o reforço das competências das autoridades de controlo ou a obrigatoriedade de designação de encarregados de proteção de dados (EPDs).

O Direito da proteção de dados contemporâneo coloca novos problemas às empresas, mas também aos Magistrados, Advogados e Professores. Da Comunidade Jurídica espera-se, atuando nas suas respetivas esferas de competência e de influência, uma atenção redobrada na análise dos problemas que, inevitavelmente, irão surgir no nosso quotidiano.

II. No presente estudo pretendemos analisar em que medida a independência do exercício da advocacia se conjuga com a autonomia imposta pelo RGPD à função de EPD e que eventuais limites resultam, nesse âmbito, do Direito vigente.

A resposta a esta questão depende, naturalmente, da decomposição do regime jurídico do EDP, devidamente enquadrado no objeto e nos objetivos do RGPD.

2. O objeto e os objetivos do RGPD

I. O objeto do RGPD consiste em “regular a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”, 1.º/1⁽³⁾.

O campo de aplicação material do RGPD abrange apenas as pessoas singulares, independentemente da sua nacionalidade ou local de residência⁽⁴⁾. A extensão a todas as pessoas singulares, e não apenas aos cidadãos

⁽²⁾ Por contraste, no Direito alemão, o Direito da proteção de dados há longas décadas que assume enorme preponderância científica e prática. Para lá do Reno, multiplicam-se anotações legislativas, revistas especializadas e densas monografias.

⁽³⁾ As disposições legais, não acompanhadas de fonte, correspondem a artigos do RGPD.

⁽⁴⁾ *Considerando 14.* A conjugar, naturalmente, com o âmbito de aplicação espacial previsto no art. 3.º.

européus, é demonstrativo na natureza deste direito: trata-se de um direito fundamental⁽⁵⁾.

Esta delimitação inicial deixa de fora todas as pessoas coletivas e, evidentemente, demais realidades jurídicas não subjetiváveis, como as coisas e os animais⁽⁶⁾. O próprio nome completo do RGPD é conclusivo: “relativo à proteção das pessoas singulares”. Tem sido, de resto, esta a interpretação classicamente assumida pelas autoridades europeias. O TJUE, confrontado com a necessidade de interpretar o alcance do art. 8.º/1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Carta) — “Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito” — pronunciou-se em igual sentido⁽⁷⁾.

III. O RGPD assume dois grandes objetivos (propósitos): (i) defender os direitos e as liberdades fundamentais das pessoas singulares, nomeadamente o seu direito à proteção de dados, 1.º/2; e (ii) promover a livre circulação dos dados pessoais, 1.º/3.

O RGPD, assim como o Direito da proteção de dados, encontra-se, conseqüentemente, funcionalizado aos dois objetivos positivados no seu art. 1.º. Esta funcionalização reflete um cuidado, presente em todo o sistema — Lei, doutrina, jurisprudência e supervisão —, em atender, em todos os momentos, aos interesses dos titulares de dados pessoais e à livre circulação dos dados pessoais.

A funcionalização, para além de se manifestar no seio das próprias relações que se estabelecem entre os titulares e os responsáveis pelo tratamento ou os subcontratantes, impõe aos tribunais a obrigação de interpretar o RGPD sempre no sentido que melhor favoreça a prossecução destes dois objetivos.

(5) STEFAN ERNST, *Anotação ao artigo 1.º do RGPD* em Paal/Pauly, *Datenschutz-Grundverordnung — Bundesdatenschutzgesetz*, 2.ª ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 7.

(6) A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Dados pessoais: conceito, extensão e limites*, 2 RDC, 2018, 297-322.

(7) TJUE 9-nov.-2010, proc. C-92/09 e C-93/09 (*Volker und Markus Schecke GbR/Hartmut Eifert v Land Hessen*) 52-53. GREGOR HEISSEL, *Können juristische Personen in ihrem Grundrecht auf Datenschutz verletzt sein?*, EuR 2017, 561-571: análise completa à problemática, de um ponto de vista dogmático e prático.

§2.º A designação do Encarregado de Proteção de Dados

3. Evolução histórica

I. A figura do Encarregado de Proteção de Dados (EDP) não é uma novidade absoluta do RGPD. A Diretriz n.º 95/46/CE, de 25 de outubro⁽⁸⁾, previa já, embora com uma reduzida visibilidade e sem assumir uma natureza imperativa, a possibilidade de os Direitos internos consagrarem, internamente, esta função^(9/10).

Ao EDP caberia, nos termos do art. 19.º/2, §2: (i) garantir, de modo independente, a aplicação, a nível interno, das disposições nacionais tomadas no âmbito da Diretriz n.º 95/46/CE; e (ii) manter um registo dos tratamentos efetuados pelo responsável pelo tratamento que deveriam conter a seguinte informação: (a) o nome e o endereço do responsável pelo tratamento e, eventualmente, do seu representante; (b) as finalidades do tratamento; (c) uma descrição dos dados pessoais ou dos titulares de dados; (d) os destinatários a quem os dados poderiam ser comunicados; e (e) as transferências de dados previstas para países terceiros⁽¹¹⁾.

II. A obrigatoriedade, verificados determinados requisitos legais, de o responsável pelo tratamento de dados⁽¹²⁾ ou de o subcontratante⁽¹³⁾ designarem um EDP surgiu logo com Proposta original do RGPD, elaborada pela Comissão Europeia⁽¹⁴⁾. A terminologia empregue na versão portuguesa é, estranhamente, a de *delegado para a proteção de dados*.

Nos termos do art. 35.º/1 da Proposta, o responsável pelo tratamento e o subcontratante deveriam designar um delegado para a proteção de dados sempre que (a) o tratamento fosse efetuado por uma autoridade ou um organismo público; (b) o tratamento fosse efetuado por uma empresa

⁽⁸⁾ *Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados.*

⁽⁹⁾ A Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, não previa essa possibilidade. A figura do EDP foi introduzida no Direito alemão em 1977. Curiosamente, os critérios vigentes na Alemanha, antes da entrada em vigor do RGPD, eram mais rigorosos do que os impostos atualmente pelo Direito europeu: HORST HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung Kommentar*, 2.ª ed., Beck, Munique 2018, Rn. 2.

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*, Rn. 3: apanhado geral às diferentes realidades jurídicas internas de vários Estados-Membros antes da entrada em vigor do RGPD.

⁽¹¹⁾ Art. 19.º/1, via art. 21.º/2, via art. 19.º/2, §2.

⁽¹²⁾ Art. 4.º, 7).

⁽¹³⁾ Artigo 4.º, 8).

⁽¹⁴⁾ COM(2012) 11 final, 25-jan.-2012. Arts. 35.º, 36.º e 37.º da Proposta.

com 250 assalariados ou mais; ou (c) as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistissem em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, exigissem um controlo regular e sistemático dos titulares de dados.

Apesar de a obrigatoriedade da designação de EDPs ter merecido, em abstrato, o aplauso da doutrina especializada, foram muitas as críticas dirigidas ao modelo proposto, em especial em relação à solução dos 250 assalariados^(15/16).

III. Em análise à Proposta da Comissão, o Parlamento Europeu avançou uma profunda reformulação da alínea b) do art. 35.º/1, passando a contar com o seguinte conteúdo: “o tratamento for efetuado por uma pessoa coletiva e afetar mais de 5000 titulares de dados durante um período de 12 meses consecutivos”; e um importante acrescento: a designação de delegado para a proteção de dados deveria, ainda, ser obrigatória sempre que “as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistem em proceder ao tratamento de categorias especiais de dados nos termos do art. 9.º, n.º 1, dados de localização ou dados relativos a crianças ou a trabalhadores em sistemas de arquivo de grande dimensão”⁽¹⁷⁾.

A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, congratulando-se com a obrigatoriedade de designação de um EDP, sugere a diminuição do número de assalariados constantes da alínea a)⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ A solução dos 250 trabalhadores funda-se nos critérios europeus relativos à dimensão das empresas. Nos termos do art. 2.º/1 da *Recomendação da Comissão, de 6 de maio de 2003, relativa à definição de micro, pequena e médias empresas*: “A categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros”.

⁽¹⁶⁾ SUSANNE DEHMEL/NILS HULLEN, *Auf dem Weg zu einem zukunftsfähigen Datenschutz in Europa? — Konkrete Auswirkungen der DS-GVO auf Wirtschaft, Unternehmen und Verbraucher*, 3 ZD, 2013, 147-153, 152-153; GERRIT HORNING, *Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa? — Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012*, 2 ZD, 2012, 99-106, 104; de acordo com o dados estatísticos reunidos pelo Autor, a maioria das empresas (99,8%) do setor financeiro têm um número de trabalhadores inferiores ao de 250, pelo que estariam, à luz deste critério, isentas de designar um EDP; o Autor analisa, de forma mais cuidada, cada umas das alíneas do art. 35.º/1 da Proposta. Com posição inversa: VIVIANE REDING, *Sieben Grundbausteine der europäischen Datenschutzreform*, 2 ZD, 2012, 195-198, 198; considerando que o critério do número de trabalhadores protege as pequenas e médias empresas de incorrerem em mais gastos.

⁽¹⁷⁾ PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório sobre a proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (regulamento geral de proteção de dados)*, 21-nov.-2013, 130.

⁽¹⁸⁾ AUTORIDADE EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the data protection reform package*, 7-mar.-2012, 34, [210].

IV. A unanimidade relativa à figura do EDP, não afetada por estas sugestões pontuais, é quebrada pelo Conselho da União Europeia, ao contestar a natureza obrigatória, mesmo que não generalizada, da sua designação. O Conselho propõe o seguinte conteúdo para o então art. 35.º/1: “*The controller or the processor may, or where required by Union or Member State law shall, designate a data protection officer*”⁽¹⁹⁾. A Alemanha, a Áustria e a Hungria mostraram-se desfavoráveis a esta solução, preferindo que o RGPD determinasse as situações e contextos em que a indicação de um EDP fosse obrigatória⁽²⁰⁾.

No início das negociações tripartidas, o Parlamento Europeu e o Conselho mantiveram as suas posições iniciais, com o primeiro a defender a obrigatoriedade de designação nas situações elencadas nas versões preparadas pela Comissão e pelo próprio Parlamento Europeu, e o Conselho a opor-se, determinantemente, a qualquer solução nesse sentido⁽²¹⁾. Ao longo das negociações tripartidas, a Presidência do Conselho assumiu um papel decisivo na busca de um compromisso⁽²²⁾. O desfecho alcançado, e que acabaria por ser vertido no texto final do RGPD, consistiu em limitar a obrigatoriedade da designação de EDPs a um conjunto delimitado de situações, apresentadas como acarretando maiores riscos para os titulares de dados pessoais⁽²³⁾ — solução considerada como mais adequada à luz dos propósitos últimos do Direito da proteção de dados^(24/25).

⁽¹⁹⁾ CONSELHO EUROPEU, *General Data Protection Regulation Proposal: Preparation of a General Approach*, doc. 9657/15, 11-jun.-2015, 170.

⁽²⁰⁾ *Ibid.*, 170, nota 435: “*DE, HU and AT would have preferred to define cases of a mandatory appointment of DPA in the Regulation itself and may want to revert to this issue at a later stage*”.

⁽²¹⁾ *Council of the European Union, GDPR — Chapter IV, preparation for trilogue*, doc. 12034/15, 21-set.-2015, 12966/15, 13-out.-2015, 6. Veja-se, ainda, as referências na nota seguinte.

⁽²²⁾ *Council of the European Union, GDPR — Chapter IV, preparation for trilogue*, doc. 11784/15, 9-set.-2015, 16; *Council of the European Union, GDPR — Preparation of trilogue — Chapters II, II, IV and V*, doc. 13914/15, 16-nov.-2015, 9.

⁽²³⁾ *Council of the European Union, GDPR — Chapter IV — Presidency debriefing on the outcome of the trilogue on 11/12 November and preparation for trilogue*, 13885/15, 13-nov.-2015, 4: Parlamento a mostrar abertura para esta solução. *Council of the European Union, GDPR — Analysis of the final compromise text with a view to agreement*, doc. 15039/15, 15-dez.-2015, 3.

⁽²⁴⁾ CHRISTOPH KLUG, *Der Datenschutzbeauftragte in der EU — Maßgaben der Datenschutzgrundverordnung*, 6 ZD, 2016, 315-319.

⁽²⁵⁾ MARCUS HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung*, 2.ª ed., Nomos, Baden-Baden, 2018, Rn. 12-50: análise detalhada de todo o processo legislativo.

4. A obrigatoriedade de designação: enquadramento

I. Nos termos do art. 37.º/1, o responsável pelo tratamento e o subcontratante devem designar um EDP em três situações distintas: *a)* quando o tratamento for efetuado por uma autoridade ou um organismo público, excetuando os tribunais no exercício da sua função jurisdicional; *b)* quando as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, exijam um controlo regular e sistemático dos titulares dos dados em grande escala; *c)* quando as atividades principais do responsável pelo tratamento ou do subcontratante consistam em operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados, nos termos do art. 9.º, e de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações a que se refere o art. 10.º.

O art. 37.º/4 atribui competências ao legislador europeu e aos legisladores nacionais para estenderem o leque de situações que exigem a designação obrigatória de um EPD.

Naturalmente que nada impede a designação de EPDs, voluntariamente, em contextos não abrangidos por qualquer uma destas três alíneas⁽²⁶⁾.

II. A subsunção de um caso real a uma das situações elencadas no art. 37.º/1 faz emergir, na esfera jurídica do responsável ou do subcontratante, a obrigação de designação de um EPD⁽²⁷⁾. Trata-se de uma obrigação imediata que não pressupõe, nem exige, qualquer atuação por parte das autoridades de supervisão⁽²⁸⁾. O RGPD não estabelece sequer um período transitório de adaptação⁽²⁹⁾. Na prática, a função de EPD deve ser incorporada, *ab initio*, em qualquer projeto, organização ou atividade que pressuponha o tratamento de dados pessoais.

⁽²⁶⁾ Grupo do Artigo 29.º para a Proteção de Dados, *Orientações sobre os encarregados de proteção de dados (EPD)*, WP 243 rev.01, adotadas a 13-dez.-2016, por último revistas a 5-abr.-2017, 6: encorajando designações voluntárias.

⁽²⁷⁾ BORIS P. PAAL, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Paal/Pauly, cit.*, Rn. 5.

⁽²⁸⁾ KEVIN MARSCHALL/PINKAS MÜLLER, *Der Datenschutzbeauftragte im Unternehmen zwischen BDSG und DS-GVO — Bestellung, Rolle, Aufgaben und Anforderungen im Fokus europäischer Veränderungen*, 6 ZD, 2016, 415-420, 416.

⁽²⁹⁾ MATTHIAS BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung*, 2.ª ed., Beck, Munique, 2018, Rn. 20.

5. Autoridades públicas

I. A obrigatoriedade de designação prevista no art. 37.º/1, *a*) compreende todas as autoridades e organismos públicos — com exceção dos tribunais⁽³⁰⁾ e somente no exercício da sua função jurisdicional⁽³¹⁾ —, independentemente das competências que legalmente lhes sejam atribuídas, do número de trabalhadores, da frequência com que os dados pessoais são tratados, do número dos titulares ou dos dados pessoais abrangidos ou de quaisquer outros elementos. É igualmente irrelevante se se trata de pessoas singulares ou de pessoas coletivas⁽³²⁾. A natureza publicista da entidade assume-se como critério nuclear e delimitador.

II. O art. 12.º/2 da Proposta de Lei n.º 120/XIII, que assegura a execução, na ordem jurídica interna, do RGPD, é ilustrativo do alcance desta primeira alínea: “entende-se por entidade pública: *a*) o Estado; *b*) as regiões autónomas; *c*) as autarquias locais; *d*) as entidades administrativas independentes e o Banco de Portugal; *e*) os institutos públicos; *f*) as instituições de ensino superior públicas de natureza fundacional; *g*) as empresas públicas sob forma jurídico-pública; *h*) as associações públicas”⁽³³⁾.

III. O campo de aplicação material do art. 37.º/1, *a*) encontra-se, naturalmente, limitado pelo disposto no art. 2.º, alíneas *b*) e *d*): tratamentos efetuados por Estados-Membros no âmbito da política externa e de segurança comum e tratamentos efetuados pelas autoridades competentes para efeitos de prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais ou da execução de sanções penais, incluindo a salvaguarda e a prevenção de ameaças à segurança pública, não são abrangidos pelo âmbito de aplicação material do RGPD.

A obrigatoriedade decorrente da alínea *a*) não se estende aos sujeitos privados, singulares ou coletivos, que prossigam interesses públicos⁽³⁴⁾, apesar de o GT29 recomendar que o façam⁽³⁵⁾.

⁽³⁰⁾ O conceito de tribunal deve ser interpretado latamente, de forma a abranger todas as autoridades judiciais independentes: *Considerando 97*, p. 1.

⁽³¹⁾ Do texto legal só pode resultar que no exercício das demais funções — p. ex.: de natureza administrativa interna — devem os tribunais designar um EPD. Nesse mesmo sentido: HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º em Sydow, cit.*, Rn. 56.

⁽³²⁾ GT29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 7-8.

⁽³³⁾ Esta disposição não foi criticada pela CNPD no parecer, extremamente desfavorável, emitido a propósito desta Proposta de Lei.

⁽³⁴⁾ HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 20.

⁽³⁵⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 7-8.

6. Atividades principais

I. A alínea *b*) impõe a designação de um EPD sempre que *(i)* as atividades principais consistam em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, *(ii)* exijam um controlo regular e sistemático dos titulares dos dados *(iii)* em grande escala. A versão final do RGPD deixou cair qualquer requisito relativo à dimensão da empresa — assumindo tratar-se de uma pessoa coletiva — e dos trabalhadores que emprega.

O primeiro requisito — atividade principal — deve ser interpretado teleologicamente: a obrigatoriedade de designação de EPDs não se circunscreve aos responsáveis e encarregados que tenham como atividade principal o tratamento de dados pessoais, mas a todos os sujeitos cujas atividades principais pressuponham o tratamento de dados pessoais⁽³⁶⁾. Os exemplos apresentados pelo GT29 são particularmente esclarecedores⁽³⁷⁾:

[A] atividade principal de um hospital é a prestação de cuidados de saúde. Contudo, um hospital não poderia prestar cuidados de saúde de forma segura e eficaz sem proceder ao tratamento de dados relativos à saúde, designadamente os registos de saúde dos doentes. Assim, o tratamento destes dados deve ser considerado uma das atividades principais de qualquer hospital, cabendo, portanto, aos hospitais nomear encarregados da proteção de dados.

[U]ma empresa de segurança privada exerce a vigilância de um conjunto de centros comerciais privados e de espaços públicos. A vigilância é a atividade principal da empresa, que, por sua vez, está indissociavelmente ligada ao tratamento de dados pessoais. Por conseguinte, esta empresa deve igualmente designar um EPD.

Os sujeitos privados, singulares ou coletivos, em relação aos quais o tratamento de dados pessoais assume um papel secundário ou acessório, mesmo que fundamental para a continuação da sua atividade, não são abrangidos por esta disposição⁽³⁸⁾.

II. O legislador europeu não avança uma definição de “controlo regular e sistemático”. Na busca pelo seu preenchimento, o intérprete-aplicador pode, com algumas cautelas, recorrer ao Considerando 24, p. 2: “A fim de determinar se uma atividade de tratamento pode ser considerada «controlo do comportamento» de titulares de dados, deverá determinar-se

⁽³⁶⁾ HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º em Sydow, cit.*, Rn. 64.

⁽³⁷⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 8.

⁽³⁸⁾ *Considerando 97*, p. 2: “as atividades principais do responsável pelo tratamento dizem respeito às suas atividades primárias e não estão relacionadas com o tratamento de dados pessoais como atividade auxiliar”.

se essas pessoas são seguidas na Internet e a potencial utilização subsequente de técnicas de tratamento de dados pessoais que consistem em definir o perfil de uma pessoa singular, especialmente para tomar decisões relativas a essa pessoa ou analisar ou prever as suas preferências, o seu comportamento e as suas atitudes”.

A utilização, na versão portuguesa, da expressão controlo poderá parecer exagerada⁽³⁹⁾, quando confrontada com outras versões: inglesa e italiana — monitorizar; alemã — observar; ou francesa — acompanhar. Todavia, é essa a expressão que melhor espelha as pretensões do legislador europeu e a que, ao mesmo tempo, exige menores esforços interpretativos.

O controlo pressupõe que o titular dos dados seja seguido com alguma intensidade⁽⁴⁰⁾, de outro modo nem seria possível controlar o seu comportamento, mas já não exige uma vigilância 24 horas por dia.

Segundo as indicações do GT 29, a expressão controlo regular pode ser preenchida por recurso a três formas distintas, não cumulativas: (i) controlo contínuo ou que ocorra em intervalos específicos num determinado período de tempo; (ii) controlo recorrente ou repetido em horários pré-determinados; ou (iii) controlo constante ou periódico⁽⁴¹⁾.

Quanto à expressão sistemática, e recorrendo, também aqui, às indicações do GT 29, esta pode ser preenchida nos seguintes termos: (i) que ocorra de acordo com um sistema; (ii) predefinido, organizado ou metódico; (iii) realizado no âmbito de um plano geral de recolha de dado; ou (iv) efetuado no âmbito de uma estratégia⁽⁴²⁾.

III. O último requisito — comum à alínea c) — volta a não ser definido pelo legislador europeu. O intérprete-aplicador pode recorrer ao conteúdo do Considerando 91, na busca pelo seu significado: “operações de tratamento de grande escala que visem o tratamento de uma grande quantidade de dados pessoais a nível regional ou supranacional, possam afetar um número considerável de titulares de dados”. O conceito de grande escala assenta, conseqüentemente, em três elementos: (i) número de titulares abrangidos; (ii) número de dados objeto de tratamento; e (iii) alcance geográfico do tratamento. Não nos parece, ao contrário do que defende o GT 29⁽⁴³⁾, que a duração ou a permanência de atividade seja um fator a considerar. Trata-se de um aspeto abrangido pelo requisito da regularidade.

⁽³⁹⁾ Na versão espanhola, encontramos uma expressão sinónima à portuguesa.

⁽⁴⁰⁾ *Considerando 24*, p. 2.

⁽⁴¹⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 10.

⁽⁴²⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 8.

⁽⁴³⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 9.

7. Dados pessoais especiais

I. Por fim, a alínea c) do art. 37.º/1 impõe aos responsáveis pelo tratamento e aos subcontratantes a designação de um EPD sempre que se verificarem, cumulativamente, os seguintes três requisitos: (i) as suas atividades principais; (ii) consistirem em operações de tratamento em grande escala; (iii) de categorias especiais de dados nos termos do art. 9.º e de dados pessoais relacionadas com condenações penais e infrações a que se refere o art. 10.º.

Os dois primeiros requisitos foram já analisados no ponto anterior, para onde se remete.

II. As várias categorias especiais de dados pessoais surgem elencadas no art. 9.º/1: “dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, ou a filiação sindical, bem como o tratamento de dados genéticos, dados biométricos para identificar uma pessoa de forma inequívoca, dados relativos à saúde ou dados relativos à vida sexual ou orientação sexual de uma pessoa”.

§3.º O Encarregado de Proteção de Dados

8. O perfil do EPD

I. Nos termos do art. 37.º/5, “o encarregado de proteção de dados é designado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, nos seus conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados, bem como na sua capacidade para desempenhar as funções referidas no art. 39.º”.

O disposto neste preceito é completado pelo conteúdo do Considerando 97, p. 1 e p. 3: o EPD é “um especialista em legislação e prática de proteção de dados no controlo do cumprimento do presente regulamento a nível interno” e “o nível necessário de conhecimentos especializados deverá ser determinado, em particular, em função do tratamento de dados realizado e da proteção exigida para os dados pessoais tratados pelo responsável pelo seu tratamento ou pelo subcontratante”.

O Parlamento Europeu propôs, aquando da sua análise à Proposta original da Comissão, o seguinte Considerando: “O delegado para a proteção de dados “deve ter, no mínimo, as seguintes qualificações: amplo

conhecimento do conteúdo e da aplicação da legislação em matéria de proteção de dados, inclusive medidas técnicas, de organização e procedimentos; domínio dos requisitos técnicos em matéria de privacidade, desde a conceção, privacidade por defeito e segurança de dados; conhecimentos específicos do setor, de acordo com a dimensão do responsável pelo tratamento e do subcontratante e com a sensibilidade dos dados a tratar; capacidade de efetuar inspeções, consultas, elaborar documentação e proceder à análise de arquivos; capacidade para trabalhar com os representantes dos trabalhadores⁽⁴⁴⁾. Apesar de este Considerando não ter sido incluído na versão final do RGPD, fornece-nos relevantes pistas em relação à pessoa do EPD e às características e qualidades que deve possuir.

II. Enquanto especialista, o EDP tem de ter amplos conhecimentos jurídicos — práticos e teóricos —, mas também conhecimentos informáticos — numa aceção ampla — e conhecimentos relativos ao setor em que o responsável ou subcontratante que o designaram atuam, sob pena de não conseguir acompanhar as exigências específicas dos tratamentos em concreto realizados⁽⁴⁵⁾. Também as integridades pessoais e profissionais do EPD devem ser consideradas, no momento da designação⁽⁴⁶⁾.

Como resulta do Considerando 97, p. 1, o nível de especialização, conhecimentos e experiência do EPD é proporcional à exigência das funções em concreto desempenhadas.

Por fim, sublinhe-se que a adequação do perfil do EPD é avaliável à data da designação e não após iniciar as suas funções⁽⁴⁷⁾.

9. A relação entre o EPD e o responsável/subcontratante

I. O EPD pode integrar ou não a estrutura interna do responsável ou do subcontratante, i.e., tanto pode ser um trabalhador como um prestador de serviço externo, art. 37.º/6⁽⁴⁸⁾. Recorrendo a entidade designadora a um

⁽⁴⁴⁾ PARLAMENTO EUROPEU, *Relatório*, cit., 38.

⁽⁴⁵⁾ Para uma análise minuciosa: GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 13, ss; BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner*, cit., Rn. 33-35; HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr*, cit., Rn. 38-40.

⁽⁴⁶⁾ PAAL, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Paal/Pauly*, cit., Rn. 13.

⁽⁴⁷⁾ BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner*, cit., Rn. 33.

⁽⁴⁸⁾ THOMAS NIKLAS/THOMAS FAAS, *Der Datenschutzbeauftragte nach der Datenschutz-Grundverordnung*, 34 NZA, 2017, 1091-1097: considerando ser preferível, para os responsáveis pelo trata-

trabalhador interno, é natural que a liberte, total ou parcialmente, de todas as demais tarefas⁽⁴⁹⁾, dependendo das exigências colocadas pelo exercício em concreto da função. Já a posição do EPD externo é usualmente assumida, em face do regime vigente, por advogados especialistas no Direito da proteção de dados.

O GT 29 considera que a função de EPD pode igualmente ser prestada por uma pessoa coletiva, mas nesse caso “é essencial que cada membro da organização que exerça as funções de EPD cumpra todos os requisitos aplicáveis”⁽⁵⁰⁾. Esta interpretação é contrariada, em peso, pela doutrina alemã, que circunscreve o exercício da função às pessoas singulares⁽⁵¹⁾.

O responsável pelo tratamento e o subcontratante não estão impedidos, naturalmente, de contratar outros sujeitos — singulares ou coletivos — para prestarem consultoria em todas as matérias relativas ao tratamento de dados pessoais e ao cumprimento das exigências legais⁽⁵²⁾, nem em montar departamentos internos de controlo e de identificação de conflitos⁽⁵³⁾.

II. Os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes devem apoiar o EPD no exercício das suas funções, nomeadamente fornecendo-lhe todos os recursos necessários para o seu desempenho, art. 38.º/2⁽⁵⁴⁾.

Os responsáveis e os subcontratantes devem, ainda, assegurar que o EPD é envolvido, de forma adequada e em tempo útil, em todas as questões relacionadas com a proteção de dados (art. 38.º/1). Para além, naturalmente, de facultarem ao EPD o acesso aos dados pessoais e às operações de tratamento (art. 38.º/2), as entidades designadoras devem, a título exemplificativo, assegurar: (i) a presença regular do EPD em reuniões relevantes; (ii) a sua presença, informada, sempre que sejam tomadas decisões relativamente a dados pessoais ou a titulares de dados; (iii) a obtenção de opiniões, conselhos ou pareceres, consoante as exigências concretas; e (iv) a pronta consulta do EPD sempre que haja um fundado receio de violação do RGPD ou demais legislação extravagante.

mento e para os subcontratantes, designarem um EPD externo, na perspetiva das eventuais responsabilidades civis e contraordenacionais incorridas.

⁽⁴⁹⁾ HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 41.

⁽⁵⁰⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 14.

⁽⁵¹⁾ Por todos: BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 36 e HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Sydow, cit.*, Rn. 116, ss.

⁽⁵²⁾ HELFRICH, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Sydow, cit.*, Rn. 119.

⁽⁵³⁾ JENS SCHEFZIG, *Der Datenschutzbeauftragte in der betrieblichen Datenschutzorganisation — Konflikt zwischen Zuverlässigkeit und datenschutzrechtlicher Verantwortung*, 5 ZD, 2015, 503-507.

⁽⁵⁴⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 16-17: apanhado dos meios e recursos que as entidades designadoras devem disponibilizar aos EPDs.

10. A independência do EPD

I. O exercício da função de EPD caracteriza-se por uma marcada independência em face das entidades designadoras⁽⁵⁵⁾. O facto de a expressão “de forma independente”, presente na Proposta original⁽⁵⁶⁾, não constar da versão final do RGPD não afeta a autonomia intrínseca da posição: trata-se de uma decorrência lógico-jurídica direta do texto e do espírito do regime jurídico do EPD⁽⁵⁷⁾.

A autonomia do EPD, alheia à natureza da relação — laboral ou de prestação de serviços —, manifesta-se na proibição legal, presente na esfera jurídica dos responsáveis e dos subcontratantes, de instruírem o EPD no exercício das suas funções, art. 38.º/3.

De forma a garantir esta independência, o legislador europeu proíbe, de forma expressa, a destituição e a penalização do EPD motivada pelo exercício das suas funções legais, art. 38.º/3. Esta proibição deve ser interpretada extensivamente, de modo a englobar qualquer tipo de penalização — fática ou jurídica —, incluindo simples ameaças, diretas ou indiretas, de destituição ou de penalização⁽⁵⁸⁾.

II. A autonomia e a independência do EPD não são, certamente, absolutas: são limitadas pelas funções que legalmente lhe são atribuídas, nos termos do art. 39.º. Do EPD espera-se, ainda, que informe, diretamente, a direção da entidade designadora do andamento das atividades por si desenvolvidas, art. 38.º/3.

Cumpra ainda referir que a posição de EPD não se confunde com a de responsável pelo tratamento de dados ou com a de subcontratante. Não lhe cabe, em consequência, determinar as finalidades e os meios de tratamento de dados pessoais⁽⁵⁹⁾, nem atuar, nesse âmbito, por conta do responsável pelo tratamento⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁵⁾ *Considerando 97*, p. 4.

⁽⁵⁶⁾ Art. 36.º/2 da Proposta.

⁽⁵⁷⁾ Com idêntica interpretação: HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 13.

⁽⁵⁸⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 18.

⁽⁵⁹⁾ Art. 4.º, 7): responsável pelo tratamento de dados.

⁽⁶⁰⁾ Art. 4.º, 8): subcontratante.

11. As funções do EPD

I. A institucionalização do EPD consubstancia uma forma de desburocratizar e descentralizar a proteção dos interesses dos titulares dos dados pessoais, ao mesmo tempo que atribui aos responsáveis pelo tratamento de dados e aos subcontratantes a *responsabilidade* de autorregular as suas atividades⁽⁶¹⁾. Reduz a necessidade de uma intervenção constante, por parte do supervisor, e potencia a interiorização, no seio das empresas e das entidades públicas, de um cuidado constante no tratamento de dados pessoais.

A posição do EPD deve ser sempre enquadrada na funcionalização do RGPD à proteção dos interesses dos titulares dos dados pessoais: é esse o propósito que baliza, a todo o tempo, a sua atuação⁽⁶²⁾.

II. Nos termos do art. 39.º/1, são quatro as funções principais do EPD:

- Informar e aconselhar o responsável pelo tratamento ou o subcontratante, bem como os trabalhadores que tratem os dados, a respeito das suas obrigações nos termos do RGPD e da demais legislação extravagante aplicável;
- Controlar o cumprimento do RGPD, da demais legislação extravagante aplicável e das políticas das entidades designadoras relativas à proteção de dados pessoais, incluindo a repartição de responsabilidades, a sensibilização e formação do pessoal implicado nas operações de tratamentos de dados, e as auditorias independentes;
- Prestar aconselhamento, quando lhe seja solicitado, relativo à avaliação do impacto sobre a proteção de dados e controlar a sua realização, nos termos do art. 35.º⁽⁶³⁾;
- Cooperar com a autoridade de controlo;
- Atuar como ponto de contacto com a autoridade de controlo sobre questões relacionadas com o tratamento, incluindo a consulta prévia a que se refere o art. 36.º; deve consultar a autoridade de controlo sempre que se justifique.

⁽⁶¹⁾ KLUG, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Gola, cit.*, Rn. 1.

⁽⁶²⁾ KLUG, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Gola, cit.*, Rn. 2.

§4.º Conflitos de Interesses

12. O conceito de conflito de interesses: linhas gerais

I. O conceito de *interesse* assume múltiplos significados. Uma leitura da respetiva entrada no Dicionário da Academia de Ciências permite-nos ter uma ideia dos infundáveis contextos em que a expressão pode ser utilizada⁽⁶⁴⁾. A transversalidade do conceito é, também ela, uma característica do Mundo Jurídico e da sua linguagem⁽⁶⁵⁾.

Os diferentes contextos jurídicos em que o conceito de interesse pode ser utilizado traduzem-se na necessidade de compartimentar as suas diversas aceções, sob pena de as soluções preconizadas não terem qualquer relevância científica e prática. Aquando do seu preenchimento, o intérprete deverá ter em consideração as exatas circunstâncias em que a expressão é empregue⁽⁶⁶⁾.

II. No âmbito da temática do *conflito de interesses*, a expressão *interesses* pode assumir um duplo preenchimento: (i) jurídico; e (ii) fático.

Na primeira aceção, a mais comum e de mais fácil preenchimento, ao intérprete-aplicador cabe verificar a existência de potenciais conflitos de deveres, nomeadamente se o cumprimento das funções de EPD implica a violação dos deveres assumidos no âmbito de outra posição, independentemente de o EPD ser um trabalhador ou um prestador de serviços.

Na segunda aceção, cuja prova se apresenta especialmente complexa, a existência de um conflito de interesses irá depender de uma análise casuística das motivações subjetivas do sujeito designado para EPD — p. ex.: o EPD ter algum interesse pessoal ou económico nos tratamentos realizados pela entidade designadora.

13. Conflito de interesses: o artigo 38.º/6

I. Nos termos do disposto no art. 38.º/6, o EPD pode exercer outras funções e atribuições, quer seja trabalhador da entidade designadora ou

⁽⁶³⁾ Com a epígrafe: *Avaliação de impacto sobre a proteção de dados*.

⁽⁶⁴⁾ Vol. II, 2135.

⁽⁶⁵⁾ Por todos: PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesses contratual positivo*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 81, ss e 481, ss.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, 500.

um prestador de serviços externo à sua estrutura. Na segunda parte do art. 38.º/6, o legislador acrescentou que “o responsável pelo tratamento ou o subcontratante assegura que essas funções e atribuições não resultam num conflito de interesses”. Apesar de o texto legal apontar no sentido de um dever genérico de organização interna, tanto a doutrina alemã⁽⁶⁷⁾ como o próprio GP 29⁽⁶⁸⁾ atribuem a esta norma um sentido limitativo da capacidade de assumir a própria posição, ou seja, a designação de um EPD concreto exige que sejam afastados todos os conflitos de interesses específicos.

II. A existência de conflitos de interesses é particularmente evidente sempre que a posição de EPD seja assumida pelo titular de uma posição de direção — p. ex.: diretor executivo, diretor de operações, diretor financeiro, diretor do departamento médico, diretor de marketing, diretor dos recursos humanos ou diretor informático⁽⁶⁹⁾ —, na medida em que cabe ao EPD verificar a adequação das atividades desenvolvidas por estes departamento às exigências do RGPD.

Situações de conflitos de interesses podem ainda ocorrer em relação a funcionários menos graduados. Nesses casos, importa averiguar, em concreto e antes de proceder à sua designação, a presença ou não de potenciais conflitos de interesses⁽⁷⁰⁾.

No afastamento de situações conflituosas, a autoridade designadora deve considerar as funções já desempenhadas pelo potencial EPD, por exemplo, se é responsável pela segurança informática, pela otimização de procedimento internos relacionados com o tratamento de dados pessoais ou pelo tratamento dos dados pessoais dos trabalhadores⁽⁷¹⁾. Em todos estes casos parece existir um conflito de interesses.

III. Ao optarem por recorrer a um prestador de serviços, os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes não podem designar um sujeito que assume outras posições ou atividades que sejam potencialmente incompatíveis. Como exemplo de escola, pense-se num EPD que é Diretor do Departamento Jurídico de uma empresa concorrente.

⁽⁶⁷⁾ BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 39; HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 21. Com posição diversa: THOMAS HOEREN, *Der betriebliche Datenschutzbeauftragte — Neuerungen durch die geplante DS-GVO*, 2 ZD, 2012, 355-358, 357.

⁽⁶⁸⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 19.

⁽⁶⁹⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 19.

⁽⁷⁰⁾ BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 40.

⁽⁷¹⁾ HEBERLEIN, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Ehmann/Selmayr, cit.*, Rn. 22; BERGT, *Anotação ao artigo 37.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 42.

§5.º O Advogado enquanto EPD

14. Enquadramento a aspetos formais

I. O RGPD não estabelece qualquer limitação ou proibição à designação de advogados ou de juristas com contratos de trabalho (*in-house lawyer*) para a função de EPD, pelo contrário. O disposto no art. 37.º/5 é claro quanto à necessidade de o EPD ser detentor de extensos conhecimentos jurídicos: “O encarregado da proteção de dados é designado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, nos seus *conhecimentos especializados no domínio do direito e das práticas de proteção de dados*”.

Podemos mesmo ir mais longe: não basta que o EPD seja especialista no Direito da proteção de dados, terá de conhecer muitos outros aspetos jurídicos que extravasam este ramo. O domínio do Direito da proteção de dados, enquanto ramo jurídico eclético, pressupõe sólidos conhecimentos de Direito privado — direitos de personalidade, formação de negócios ou responsabilidade civil — e de Direito público — Direito administrativo e Direito regulatório.

Difícilmente se concebe que a função de EPD possa ser exercida por um sujeito que não seja, pelo menos, licenciado em Direito.

II. Partindo desta premissa inicial, os responsáveis pelo tratamento e os subcontratantes irão, por princípio e fundamentamente, designar, para a função de EPD, advogados, *in-house lawyers* ou juristas não inscritos na Ordem dos Advogados — p. ex.: jurisconsultos.

Qualquer uma destas hipóteses encontra suporte legal. Recorde-se o disposto no art. 37.º/6, *supra* analisado: “o encarregado da proteção de dados pode ser um elemento do pessoal da entidade responsável ou do subcontratante (*in-house lawyer*), ou exercer as suas funções com base num contrato de prestação de serviços (advogado ou jurista)”. Sendo que, para qualquer um dos casos, poderá “exercer outras funções e atribuições”, art. 38.º/6. O legislador europeu reconhece, conseqüentemente, a natureza não exclusiva da atividade de EPD.

A adequação ou inadequação da designação de qualquer uma destas classes de juristas para a função de EPD apenas poderá ocorrer, em concreto, por dois motivos: (*i*) por falta de conhecimentos especializados, art. 37.º/5; ou (*ii*) por conflito de interesses, art. 38.º/6.

15. Potenciais conflitos de interesses em relação à designação de advogados para a função de EPD

I. O disposto no art. 38.º/6 consagra, como acima analisado, uma efetiva limitação à capacidade de assumir a função de EPD. Nesses termos, cabe às entidades designadoras assegurar “que essas funções e atribuições não resultam num conflito de interesses”.

Dos responsáveis pelo tratamento e dos subcontratantes espera-se, assim, que, previamente à designação de um advogado, realizem um exame prévio que abranja potenciais conflitos de interesses formais — colisão de deveres — e materiais — especiais motivações subjetivas.

De forma a afastar possíveis conflitos futuros, recomenda-se, ainda, que se estabeleça, por escrito, que situações concretas podem suscitar conflitos de interesses⁽⁷²⁾. Admite-se, mesmo, que se elenque o tipo de litígios em que o advogado não possa intervir e as categorias de clientes que não possa representar.

II. O GT 29 refere apenas uma situação concreta que considera geradora de potenciais conflitos de interesses⁽⁷³⁾:

[P]ode igualmente surgir um conflito de interesses se, por exemplo, o EPD externo for chamado a representar o responsável pelo tratamento ou o subcontratante junto dos tribunais no âmbito de processos respeitantes a questões de proteção de dados.

Concordamos, em absoluto, com esta interpretação, na medida em que o EPD estaria a atuar em duas posições antagónicas. O mesmo já não se verificaria se esse mesmo EPD estivesse a representar responsável pelo tratamento ou o subcontratante junto dos tribunais no âmbito de processos respeitantes a outras matérias jurídicas não relacionadas com a proteção de dados.

16. O Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados

I. O Conselho Geral da Ordem dos Advogados pronunciou-se, no âmbito do Proc. n.º 14/PP/2018-G, sobre a “possibilidade de os Advogados poderem, ou não, exercer as funções de Encarregado de Proteção de Dados à luz do Estatuto da Ordem dos Advogados e tendo em conta as

⁽⁷²⁾ BERGT, *Anotação ao artigo 38.º do RGPD em Kühling/Buchner, cit.*, Rn. 39.

⁽⁷³⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs, cit.*, 29.

especificidades de tal nova profissão, prevista no Regulamento (EU) 2016/679”. Analisado o problema, apresentou a seguinte conclusão:

Nos termos do disposto no art. 83.º, 1, 2 e 6, do Estatuto da Ordem dos Advogados, os advogados estão impedidos de exercer a advocacia e, assim, impedidos de exercer o mandato forense ou a consulta jurídica, para entidades para quem exerçam, ou tenham exercido as funções de Encarregado de Proteção de Dados.

II. Numa primeira análise de índole geral, não podemos deixar de notar o seguinte:

- A definição de EPD avançada no ponto 1 do Parecer suscita dúvidas: o EPD não é nomeado para ser responsável ou para atuar como subcontratado para o tratamento de dados pessoais. O Parecer parece confundir as posições de responsável pelo tratamento⁽⁷⁴⁾ e de subcontratante⁽⁷⁵⁾ com a função de EPD;
- O Parecer terá, porventura, perdido uma excelente oportunidade de desenvolver com maior profundidade esta matéria com um impacto direto em toda a Comunidade Jurídica e, em especial, nos advogados: o regime jurídico do EPD consagrado nos arts. 37.º a 39.º⁽⁷⁶⁾, com destaque para o art. 38.º/6, que versa especificamente sobre a matéria de conflitos de interesses, apenas é abordado indiretamente;
- O Parecer poderia, porventura, ter mencionado as *Orientações sobre os encarregados da proteção de dados*, elaboradas pelo GT 29 e as várias decisões já tomadas por outras Ordens de Advogados europeias — de resto, mencionadas no voto de vencido que acompanha o Parecer.

III. No núcleo da fundamentação do Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados encontramos a subsunção da situação que motivou o próprio Parecer ao disposto no art. 81.º/2:

O advogado está impedido de praticar atos profissionais e de mover qualquer influência junto de entidades, públicas ou privadas, onde desempenhe ou tenha desempenhado funções cujo exercício possa suscitar, em concreto, uma incompatibilidade, se aqueles atos ou influências entrarem em conflito com as regras deontológicas contidas no presente Estatuto, nomeadamente, os princípios gerais enunciados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 81.º.

⁽⁷⁴⁾ Art. 4.º, 7).

⁽⁷⁵⁾ Art. 4.º, 8).

⁽⁷⁶⁾ O ponto 2 do Parecer contém uma gralha de escrita: a referência ao art. 35.º deve ser entendida como sendo uma referência ao art. 39.º.

A *ratio* que subjaz a este preceito é clara: o advogado está impedido de exercer a sua atividade se, em concreto, resultar um conflito de interesses. Isso mesmo é reconhecido pelo Parecer no terceiro parágrafo no Ponto 6:

Na verdade, o advogado deve considerar-se impedido de praticar atos profissionais para clientes onde desempenhe ou tenha desempenhado funções, como as próprias do DPO, cujo exercício pode suscitar, em concreto, uma incompatibilidade, se aqueles atos entrarem em conflito, como é seguro, com as regras deontológicas que regulam o exercício da atividade da advocacia.

Até este ponto, a posição do Conselho Geral merece a nossa total concordância. Contudo, o Ilustre Relator do Parecer prossegue afirmando que “parece evidente que relativamente a um determinado cliente, tendo a obrigação de, como DPO, o fiscalizar — com tudo o que isso implica regulamentarmente — deontologicamente não tem condições para de lhe prestar a sua atividade como advogado, no âmbito do mandato forense e da consulta jurídica”. Em rodapé, o Ilustre Relator ainda pondera a hipótese de circunscrever esta incompatibilidade “a assunto que tivesse, de algum modo, a ver com a atividade do DPO”, mas considera que esse caminho “poderia, deontologicamente, inquinar a sua atuação que no exercício do mandato forense, quer na consulta jurídica”.

Recorde-se que o impedimento abrange antigos EPDs, ou seja, advogados que deixaram de ter qualquer relação, nesse âmbito, com o cliente representado.

IV. Não conseguimos acompanhar o Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados por três razões principais:

1. Dificilmente se harmoniza com o RGPD, com o regime jurídico do EPD e com o preceito relativo aos conflitos de interesses: art. 38.º/6. A solução preconizada extravasa as limitações estabelecidas pelo legislador europeu — como, de resto, o GT 29 reconhece —, podendo por em causa, também por isso, a uniformização jurídico-legislativa prosseguida;
2. Coloca os advogados numa posição de fragilidade concorrencial, quando comparado com outros juristas e, em especial, com os denominados *in-house lawyers*: estes podem, fundadamente, prestar consultoria aos seus empregadores e assumir a função de EPD;
3. Suscita dúvidas interpretativas, quando subsumida ao art. 83.º/2 do Estatuto da Ordem dos Advogados, na medida em que a apli-

cação do preceito respeita a um conflito de interesses concreto e não a um possível conflito de interesses de contornos abstratos e amplíssimos.

V. Nestes termos, assumimos, por princípio, o conteúdo das *Orientações* do GT 29: pode “surgir um conflito de interesses se, por exemplo, o EPD externo for chamado a representar o responsável pelo tratamento ou o subcontratante junto dos tribunais no âmbito de processos respeitantes a questões de proteção de dados”⁽⁷⁷⁾. Fora do universo da proteção de dados importa verificar, casuisticamente, a existência ou não de conflitos de interesses concretos.

⁽⁷⁷⁾ GT 29, *Orientações sobre os EPDs*, cit., 29.