

Proc. n.º 14/PP/2018-G

Requerentes: (...) e Conselho Regional (...)

Relator: Dr. Zacarias de Carvalho

PARECER

Solicitou o Conselho Regional (...), invocando o disposto na alínea f), do n.º 1, do artigo 54.º, do EOA, que este Conselho Geral esclarecesse a questão da possibilidade de os Advogados poderem, ou não, exercer as funções de Encarregado da Proteção de Dados, à luz do Estatuto da Ordem dos Advogados e tendo em conta as especificidades de tal nova profissão, prevista no Regulamento (EU) 2016/679, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril, doravante “Regulamento”.

Invocou a existência de pareceres contraditórios no seio da Ordem dos Advogados e a consequente necessidade de uniformizar a posição desta.

1 - Sinteticamente, a Figura do Encarregado da Proteção de Dados, doravante, “DPO”, emergiu com o Regulamento. Pode tratar-se de uma pessoa singular ou de uma empresa, nomeadas para serem responsáveis, ou que atuem como subcontratadas, para o tratamento de dados pessoais, sendo a sua principal função a de supervisionar e aconselhar a empresa a respeito das obrigações contidas no Regulamento.

Nesta fase de transição, o DPO desempenha um papel fulcral no sentido de garantir que a organização que serve cumpre todas as obrigações legais desde o início da aplicação do regulamento, reportando diretamente ao mais alto nível.

2 - A função do DPO tem de ser exercida com autonomia¹. E a sua independência deve ser garantida pela entidade que o contrata. Compete ao DPO, designadamente, informar e aconselhar; controlar a conformidade das ações de proteção de dados com o que preceitua o Regulamento; aconselhar no que toca à avaliação do impacto sobre a proteção de dados, bem como controlar a sua realização, nos termos do artigo 35.º, do mesmo Regulamento; cooperar com a autoridade de controlo (por exemplo, através de ações de formação e de auditorias).

¹ Se se tratar de uma nomeação interna, de um colaborador ou trabalhador da empresa podem colocar-se situações de conflitos de interesses, designadamente ao nível da legislação laboral e da situação de dependência jurídica e económica do servidor.

3 - A questão, sob consulta, está, então, em saber se aos Advogados está, por qualquer forma, limitada e, se sim, em que medida, o exercício das funções de DPO.

Deve começar por se reconhecer que o Advogado estará, tecnicamente, dado o seu saber jurídico, grandemente habilitado a exercer tais funções. Verdade é que não bastarão tais conhecimentos, exigindo-se outros saberes, de natureza informática ou de tratamento de dados, por exemplo. Mas nada que o Advogado não possa adquirir e associá-los àqueles outros para bem poder desempenhar as ditas funções.

4 - Sucede, como se sabe, que ***“O advogado exercita a defesa dos direitos e interesses que lhe sejam confiados sempre com plena autonomia técnica e de forma isenta e responsável”***, sendo ***“o exercício da advocacia inconciliável com qualquer cargo, função ou atividade que possa afetar a isenção, a independência e a dignidade da profissão”***. (Artigo 81.º, 1 e 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados).

Esta é a matriz donde se extrai a incompatibilidade do exercício da advocacia com outras funções ou atividades.

Sucede que as incompatibilidades estatutariamente previstas, no artigo 82.º, 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados, são-no a título meramente exemplificativo, pelo que a mera falta de menção das funções do DPO não é suficiente, para, por si só, afastar a possibilidade da incompatibilidade.

5 - Por outro lado, prevê o mesmo EOA uma outra forma de incompatibilidade, mitigada, que trata como “Impedimento” (art.º 83.º).

Aí se prescreve que ***“Os impedimentos diminuem a amplitude do exercício da advocacia e constituem incompatibilidades relativas do mandato forense e da consulta jurídica tendo em vista determinada relação com o cliente, com os assuntos em causa ou por inconciliável disponibilidade para a profissão.”*** Mais se acrescentando que ***“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 (...) nos princípios gerais enunciados nos n.ºs 1 e 2 do artigo 81.º”***.

POSTO ISTO,

6 - tendo em consideração o tipo e natureza de funções do DPO, e essencialmente a circunstância de tais funções serem prestadas a um ou mais clientes concretos, será seguro afirmar-se que o exercício de tal atividade não é incompatível com a advocacia.

No entanto, não parece menos clara a existência de um impedimento que diminui a amplitude do exercício da advocacia e constitui incompatibilidade relativa do mandato forense e da consulta jurídica tendo em vista uma relação com um cliente para quem se exerça, ou tenha exercido, as funções de DPO.

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.

A advocacia deve ser exercida de forma isenta e independente. Isso não significa que o advogado deva ser imparcial (isso deve ser o juiz). O advogado diria que, por definição, é parcial. Sendo assim, 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.²

7 - Concluindo, proponho que se adote a seguinte resolução:

“Nos termos do disposto no artigo 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.

O Relator,

(Zacarias de Carvalho)

² Apertando a malha, poder-se-ia defender que o impedimento só deveria existir se o mandato forense ou a consulta jurídica respeitassem a assunto que tivesse, de algum modo, a ver com a atividade do DPO. Sou de opinião de que não se deve fazer tal distinção que seria especiosa. O que o advogado conhece no âmbito das funções de DPO sempre poderia, deontologicamente, inquirir a sua atuação quer no exercício do mandato forense, quer na consulta jurídica.

Parecer aprovado em sessão plenária do Conselho Geral da Ordem dos Advogados, de 28 de Setembro de 2018, com um voto contra do Conselheiro Ricardo Brazete, com a seguinte declaração de voto:

“Voto contra o sentido do parecer no que respeita à existência de incompatibilidade entre o exercício das funções de EPD e o de advogado do mesmo cliente.

Reconheço que o advogado/EPD coloca-se numa situação de potencial conflito de interesses (obrigações deontológicas do exercício da profissão de advogado vs. Obrigações do EPD).

Mau grado esse potencial, não se me afigura que a Ordem deva decretar a incompatibilidade, pois ela só existirá quando o conflito de interesses em potência se verificar, de facto.

Há uma outra questão a montante, que também admito que não é de solução fácil, que a meu ver ajudará a resolver este dilema, embora a dilucidação dessa prévia questão não seja impeditiva de uma ou outra solução.

Refiro-me à questão de saber se no exercício das funções de EPD o advogado continua a ser advogado, ou se passa a exercer outra profissão.

Embora, reafirmo, mesmo que se diga que EPD constitui uma nova profissão, tal não impeça a solução da inexistência de uma incompatibilidade ab initio.

Entendo que, da mesma forma que o advogado ao reconhecer assinaturas ou ao realizar um acto de compra e venda, embora estando a praticar actos notariais, fá-lo enquanto advogado, também o advogado/EPD continua a exercer estas funções na qualidade de advogado.

Por alguma razão, a questão coloca-se no plano advogado/EPD e não exercício de advocacia face ao EPD.

É ao advogado que a lei reconhece competência para a prática daqueles actos notariais, assim querendo significar que é enquanto advogado que ele pratica tais actos, e não enquanto notário ou qualquer outra coisa.

Do mesmo modo, o advogado que pratica outros actos que não são actos próprios (ou seja, actos que só podem ser praticados por advogados), continua a fazê-lo enquanto advogado.

Por exemplo, quando prepara a apresentação de uma candidatura a um procedimento concursal, acto que também pode ser praticado por um consultor de outra área.

Aqui chegados, a conclusão é - como também defende o Colégio de Advogados de Madrid - a de que o advogado que exerce as funções de EPD não está necessariamente a exercer outra profissão, mas a exercer funções no âmbito da sua profissão de advogado.

E então, aí, à semelhança do que entendeu a Ordem de Bruxelas, o advogado/EPD, por que obrigado ao cumprimento das regras deontológicas da sua profissão, quando constatar que o exercício das suas funções de EPD pode comprometer ou conflitar com as suas obrigações de advogado, deve colocar termo às suas funções de EPD.

Emitiria, pois, parecer no sentido de o advogado nomeado EPD continua vinculado às obrigações deontológicas do exercício da profissão de advogado e deve exercer aquelas funções com a independência que caracteriza a profissão de advogado.

Em qualquer caso em que o exercício das funções de EPD ponha em causa o cumprimento dos seus deveres deontológicos de advogado e a independência que caracteriza esta profissão, o advogado deve pôr termo ao exercício das funções de EPD.

Só assim se compreendem, de resto, as recomendações do CCBE, no sentido do advogado/EPD não poder pleitear ou representar em juízo qualquer entidade para quem exerça, ou tenha

exercido as funções de EPD, no contexto de processos relacionados com a protecção de dados ou com matérias atinentes ao RGPD, nem intervir contra essa mesma entidade.

É sintomático que o CCBE faça uma recomendação neste sentido e não no de o advogado não poder ser EPD da empresa para quem presta serviços advocatícios.

Daquela recomendação, é pois seguro concluir que o CCBE não entende pela existência de incompatibilidade, tanto mais quanto restringe a recomendação à não representação em juízo de entidade para quem se tenha exercido ou exerça as funções de EPD apenas no contexto de processos relacionados com a protecção de dados ou com matérias atinentes ao RGPD.

Para terminar, sou de opinião, que nenhuma razão justifica que a Ordem dos Advogados portugueses adopte uma visão mais restritiva do que a das congéneres citadas e do próprio CCBE.”

