



ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS:

AS NECESSÁRIAS QUALIFICAÇÕES E COMPETÊNCIAS TÉCNICAS

I. ATUALIDADE E IMPORTÂNCIA DO TEMA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No recente dia 25 de maio, foi a data do primeiro aniversário do Regulamento Geral de Proteção de Dados¹, mais conhecido como RGPD. Repare-se que estamos perante um regime que despertou o interesse de múltiplos juristas, tendo sido, até à data, amplamente estudado mas ainda pouco desenvolvido. Não obstante, é de notar que algumas matérias mais específicas, como é o caso da figura e do regime do Encarregado de Proteção de Dados² (doravante EPD), ainda continuam a gerar alguma controvérsia³.

De facto, alguma parece ser uma expressão demasiado humilde para descrever as acaloradas trocas de ideias a este respeito, das quais se destaca o debate final entre audiência e oradores na Conferência sobre o EPD, que se realizou na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 11 de Abril de 2019⁴.

Por um lado, numa maioria predominantemente constituída por juristas, é apresentada a opinião de que os EPD devem ser obrigatoriamente juristas e não necessariamente informáticos. Por outro lado, levantam-se vozes, entre as quais já se encontram diversos profissionais da área informática, que defendem que um EPD apenas com competências técnicas em informática também se encontra em perfeitas condições de desempenhar a posição com a devida diligência.

¹ Vide a este respeito o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>

² Internacionalmente conhecido como *Data Protection Officer* (DPO)

³ Refira-se que, caso as organizações não designem o EPD, arriscam-se “a pagar uma multa até 10 milhões de euros ou até 2% do seu volume de negócios anual a nível mundial, consoante o montante que for mais elevado”. Em 2018, a Associação Internacional dos Profissionais de Privacidade (IAPP) estimou que serão necessários, no mínimo, 75 mil EPD’s “para os sectores público e privado em todo o mundo”, sendo 28 mil só na UE e nos EUA. Vide a este respeito a notícia do ano passado do Jornal Económico, Quer ser encarregado de Proteção de Dados? Formação custa 1.350 euros, disponível em:

<https://www.jornaldenegocios.pt/economia/justica/detalhe/quer-ser-encarregado-de-protecao-de-dados-formacao-custa-1350-euros>

⁴ A este respeito, veja-se os dados relativos à Conferência: O Encarregado de Proteção de Dados na página de internet do Centro de Investigação de Direito Privado (CIDP), disponível em: <https://www.cidp.pt/evento/o-encarregado-de-protecao-de-dados/55>



Dito isto, afinal, qual é a questão central que gera esta unanimidade? Ora, a questão encontra-se nas funções. Veja-se as principais funções que o EPD deve desempenhar, que consistem no aconselhamento do responsável pelo tratamento, mas também em assegurar o cumprimento das regras aplicáveis⁵.

Perante tais funções, e isso sim, é unânime, afigura-se de extrema importância que o EPD demonstre não só competências técnicas em Direito, mas também em informática. Porém, também é unânime que estamos perante um cenário, quiçá, utópico, isto é, muito difícil de concretizar na prática⁶.

Tecidas estas considerações iniciais, passemos à análise crítica e descritiva desta questão, nomeadamente através da interpretação do RGPD e de outros diplomas e considerações relevantes para o caso. Também é importante ressaltar desde já que esta temática revela para efeitos de apuramento da responsabilidade civil do EPD nesta era tecnológica. Vejamos.

II. ENQUADRAMENTO LEGAL: ANÁLISE CRÍTICO-DESCRIPTIVA

O RGPD implicou, e ainda implica, a implementação de sérias medidas, entre elas, a criação de uma nova categoria profissional⁷, dedicada essencialmente ao tratamento de dados pessoais⁸.

Ora, as funções do EPD constam do art. 39.º do RGPD, que incluem, resumidamente, a prestação de informações, de aconselhamento, o zelo e o controlo do cumprimento do Regulamento e demais legislação de proteção de dados e a necessária articulação e cooperação com autoridades de controlo.

⁵ Veja-se que quando da criação pela Associação Empresarial de Portugal (AEP) e a *DPO Consulting* de um programa de formação nesta área da privacidade e proteção de dados no ano passado, que visava preparar os colaboradores das empresas para exercerem esta nova função de EPD, resumiram a posição de EPD às seguintes considerações: “o cargo do responsável da proteção de dados é particularmente exigente. Constitui o ponto de contacto para a autoridade de controlo, tendo de ter conhecimentos especializados no domínio do Direito e das práticas de proteção de dados, bem como a capacidade para desempenhar as funções de informar e aconselhar, controlar a conformidade, sensibilizar e formar, auditar e cooperar com a autoridade de controlo, entre outras”. *Vide* a este respeito a página de internet da *DPO Consulting*, disponível em: <https://dpoconsulting.pt/2019/02/28/dpo-consulting-lanca-novas-edicoes-do-programa-dpo-pro/>

⁶ Estamos perante a velha questão da inevitável distinção entre *law in the books* e *law in action*...

⁷ PAUL LAMBERT, in *The Data Protection Officer*, 1.ª Edição, Taylor & Francis Group, 2017, pág. 37.

⁸ Refira-se que o art. 37.º do RGPD, prevê quando as organizações devem nomear um EPD



Segundo o GT29⁹, as principais funções consistem nas “operações essenciais para alcançar os objetivos do responsável pelo tratamento ou do subcontratante, as quais incluem também todas as atividades em que o tratamento de dados constitui parte indissociável das atividades do responsável pelo tratamento ou do subcontratante”¹⁰.

Tendo por base estas funções, quais são afinal as qualificações e competências técnicas que o EPD deve apresentar para desempenhar as suas funções com a devida bitola de diligência e, assim, evitar a extensão da responsabilidade civil à negligência apurável exactamente da insuficiência ou mesmo da falta de qualificações e competências técnicas devidas?

Veja-se a esse respeito, as considerações do GT29, que vão encontro do disposto do art. 37.º, n.º 5 do RGPD, nomeadamente que o EPD “deve ser designado com base nas suas qualidades profissionais e, em especial, nos seus conhecimentos especializados no domínio das normas e práticas de proteção de dados, bem como na sua capacidade para desempenhar as respetivas funções”¹¹.

O GT29 vai mais longe e refere que as competências e conhecimentos especializados incluem “competências no domínio das normas e práticas de proteção de dados nacionais e europeias, incluindo um conhecimento profundo do RGPD, conhecimento das operações de tratamento efetuadas, conhecimento das tecnologias da informação e da segurança dos dados, conhecimento do setor empresarial e da organização, capacidade para promover uma cultura de proteção de dados no seio da organização”¹².

Neste seguimento, refira-se também as orientações¹³ da Comissão Nacional de Proteção de Dados (doravante CNPD) às entidades públicas e privadas sobre o RGPD, incluindo nesta temática que, conforme exposto, ainda hoje é objeto de discussão entre as autoridades de proteção de dados da UE.

⁹ Trata-se do Grupo de Trabalho de Proteção de Dados resultante do artigo 29.º do RGPD

¹⁰ A este respeito, veja-se as *Guidelines on Data Protection Officers* na página 23, integralmente disponíveis em: https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/docs/wp243rev01_pt.pdf

¹¹ A este respeito, vide as *Guidelines on Data Protection Officers* na página 26

¹² *Ibidem*

¹³ Vide a este respeito as *10 Medidas para preparar a aplicação do Regulamento Geral de Proteção de Dados*, publicadas em 28 de janeiro de 2017 e disponíveis em: https://www.cnpd.pt/bin/rgpd/10_medidas_para_preparar_rgpd_cnpd.pdf



Portanto, nos dizeres do ponto 7 das ditas orientações do CNPD, o EPD “deve preparar a designação do encarregado de proteção de dados com a antecedência devida, até porque este poderá desempenhar um papel fulcral neste período de transição para garantir que a organização cumpre todas as obrigações legais desde o início da aplicação do regulamento”.

Mais, exige-se “especial atenção” à posição do EPD “dentro da organização”, bem como, e repare-se, “às funções que lhe são atribuídas pelo RGPD, cujo pleno desempenho requer a satisfação de determinadas condições”.

Ora, veja-se que estamos perante uma posição considerada como “fulcral” para garantir o cumprimento de todas as obrigações legais desde o início da aplicação do RGPD. Neste prisma, competências técnicas em Direito afiguram-se igualmente fulcrais. Por outro lado, observe-se que o “pleno desempenho requer a satisfação de determinadas condições”, condições essas que, razoavelmente, se devem entender (também) no âmbito das competências técnicas em informática que, diga-se de passagem, se afiguram igualmente fulcrais.

Considerando estas ideias, a concepção de que um EPD pode ser apenas jurista, parece ter que se articular devidamente perante a necessidade gritante de apresentação de competências técnicas em informática que claramente se identificam como mínimas, mas imprescindíveis.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS E BREVE CONCLUSÃO

Face ao exposto, compreende-se que o EPD deve apresentar um determinado rol de competências. É descabido afirmar que qualificações jurídicas e competências técnicas nesse sentido bastam para desempenhar o cargo de EDP.

Veja-se que o EPD tem de apresentar independência, autoridade, espírito de liderança e, acima de tudo, capacidade de resolução de problemas de segurança de informação. Para o efeito, é necessário apresentar qualificações e competências técnicas na área de informática. Torna-se inegável que se exige, entre outros:

- i) experiência em sistemas informáticos;
- ii) conhecimentos de segurança de informação;
- iii) iniciativa na deteção de problemas de segurança e privacidade;



- iv) eficiência na reação à deteção de problemas de segurança e privacidade;
- v) amplo conhecimento das rotinas de fluxo de dados, nomeadamente de fiscalização e de tratamento da informação no seio da organização.

Perante estes factores, considerar que um mero jurista, apenas com formação em áreas jurídicas e sem quaisquer qualificações ou competências técnicas na área informática, perante problemas de segurança da informação de um ponto de vista técnico de aplicabilidade, esteja em condições de desempenhar as suas funções com a bitola de diligência necessária, não é, no mínimo, razoável.

Um EPD exclusivamente jurista, sem competências técnicas, não resolve problemas de segurança da informação do ponto de vista técnico, apenas identifica e tenta prevenir os riscos associados. Por outro lado, não basta formação ou domínio do conteúdo da RGPD. Não é razoável considerar que um técnico informático apresente competências técnicas jurídicas bastantes, que lhe permitam efetuar uma interpretação da lei precisa e profissional.

É necessário compreender que um EPD não deve apenas garantir o cumprimento das disposições legais do RGPD e demais legislação e regulamentação de proteção de dados, deve igualmente garantir que os processos implementados são desenvolvidos e sofisticados além do que é disposto na lei.

Assim sendo, e em consonância com competências previstas na lei¹⁴, devem inevitavelmente incluir:

- i) o domínio das normas e práticas de proteção de dados nacionais e europeias, incluindo, naturalmente, um conhecimento profundo do RGPD;
- ii) o conhecimento das operações e processos de tratamento diariamente efetuados;
- iii) o conhecimento das tecnologias de informação em geral e em especial as utilizadas na organização;
- iv) o domínio das tecnologias de segurança de dados em geral e em especial as utilizadas no seio da organização;
- v) o conhecimento do setor empresarial da organização em causa;

¹⁴ Veja-se a este respeito: https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/rules-business-and-organisations/obligations/data-protection-officers/what-are-responsibilities-data-protection-officer-dpo_pt & os artigos 37.º, 38.º, 39.º e considerando 97 do RGPD



- vi) a capacidade para promover e desenvolver uma cultura de proteção de dados no âmbito da organização.

Assim sendo, cumpre resumir estas ideias. Identificam-se três posições distintas: o EPD apenas jurista, o EPD apenas informático e a posição mista e considerada utópica (mas realizável e já existente em casos vários), jurista e informático. Conforme exposto, as duas primeiras afiguram-se insuficientes e pouco recomendáveis. Resta a posição mista que, apesar de considerada difícil de encontrar ou de atingir, é aquela que se recomenda e aquela que deve ser reforçada e, se possível, aplicada.

Repare-se que tal posição é possível de ser trabalhada e aplicada na prática, mesmo não existindo um EPD que apresente simultaneamente e, como se pretende, qualificações e competências técnicas em Direito e informática. Para o efeito, e se para tal existirem condições, basta que o EPD, jurista ou informático, disponha de uma equipa de trabalho versátil, constituída por informáticos e/ou juristas, consoante os casos. Tal equipa, organizada através de procedimentos que permitam ao EPD aplicar a bitola de diligência necessária para desempenhar as suas funções, apresenta-se como uma possível solução.

Porém, não existindo condições ou meios para a constituição de tal equipa, e tendo a organização que optar por um profissional com qualificações e competências técnicas apenas de uma, ou de outra área¹⁵, estamos perante um problema de aferição, de extensão, e mesmo de intensidade, da responsabilidade do EPD. Isto, para além do óbvio problema da insuficiência técnica para desempenhar as funções com bitola de diligência necessária.

Neste sentido, caso estejamos perante um EPD exclusivamente jurista (sem competências técnicas) ou informático (sem competências jurídicas), que não dispõe de equipa de trabalho, a grau de diligência exigida intensifica-se, pelo que, consequentemente, poderá ser exigida formação inicial, complementar e contínua em direito ou informática (consoante o caso), de forma a adquirir, nem que seja ao longo do tempo, as competências técnicas e jurídicas necessárias para o exercício da função.

Paralelamente, o EDP poderá ver a sua responsabilidade estendida à eventual negligência na sua actualização por não ter tomado as precauções necessárias, isto é, por

¹⁵ Conforme é expectável, tendo em conta a dificuldade de conjugação académica de duas áreas que, à primeira vista, se encontram em pontos completamente opostos



não procurar, atempadamente, a dita formação na área que não domina. Mais, não procurar formação, não só pode ser considerado um comportamento simplesmente negligente, como também gravemente culposos. Cumpre identificar *in casu* se estamos perante mera negligência ou culpa grave e, em ambos os casos, aferir o respectivo grau.

Sublinhe-se que, neste caso, no mínimo bem complexo de analisar, a aferição do grau de diligência do EPD não pode nem deve ser realizado de forma mecânica, sem ter em conta a natureza distinta das qualificações e competências técnicas do EPD em questão e dos poderes e deveres que são conferidos por lei.

Podemos estabelecer aqui um paralelo com a discussão, ainda persistente, à volta dos deveres de cuidado dos administradores, do art. 64.º, n.º1, al. a) do CSC. Veja-se que os deveres de cuidado podem ser descompostos em quatro deveres específicos que, neste caso, podem ser perfeitamente aplicáveis ao EPD¹⁶:

- i) o dever de aquisição de competência técnica adequada às suas funções;
- ii) o dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade;
- iii) o dever de disponibilidade;
- iv) o dever de atuar em termos informados;
- v) o dever de atuar segundo critérios de racionalidade empresarial.

Assim sendo, no caso de estarmos perante um EPD que apresente limitações em termos de qualificações ou competências técnicas necessárias para o exercício das funções, ou que não reúna as mínimas condições para constituir uma equipa de trabalho que permita preencher as lacunas de conhecimento que existam, é importante aferir quais são os efectivos deveres incumpridos e como apurar a responsabilidade, se for caso disso.

Veja-se que os deveres do EPD, tal como no caso dos órgãos sociais, são *a priori* indetermináveis, mas, na prática e no contexto concreto, determináveis pelo menos até determinado nível, perante as circunstâncias do caso individual e do cenário coletivo concreto.

Dito isto, e para finalizar, constata-se que a figura do EPD ainda carece de bastante estudo e, acima de tudo, de orientações claras e precisas, e não como as existentes, isto é, demasiado amplas ou abstractas.

¹⁶ JOSÉ FERREIRA GOMES, in *O sentido dos «deveres de cuidado» (art. 64.º CSC): «Once more unto the breach, my friends, once more»*, Revista da Ordem dos Advogados, 76:1-4, 2016, págs. 464-466



CARLOS PINTO DE ABREU
E ASSOCIADOS
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Diogo Pereira Coelho