Série Proteção de Dados

3 AGENTES DE TRATAMENTO

VEIRANO ADVOGADOS



Esse é o terceiro capítulo da Série Proteção de Dados. Clique aqui para acessar o cap. 2.



Em 2023 a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 ou "LGPD") completa 5 anos de sua publicação – agora também com a possibilidade de aplicação das sanções administrativas pela ANPD, que se estende desde agosto de 2021. A Autoridade Nacional de Proteção de Dados ("ANPD") tem atuado ativamente para fomentar a discussão e disseminar os conceitos, práticas e princípios de privacidade e proteção de dados, com a publicação de diversos materiais para conscientização e regulamentação da LGPD desde a sua criação.

O Veirano Advogados tem acompanhado e participado das discussões relacionadas a estes temas. Por isso, nosso time de Proteção de Dados & Privacidade preparou a **Série Proteção de Dados**, na qual serão realizadas publicações periódicas sobre diferentes temas relacionados à privacidade, trazendo não somente os conceitos da LGPD, mas também publicações da ANPD sobre o tema, considerações relevantes, dentre outros conteúdos.



Em qualquer vínculo estabelecido entre sua empresa e terceiros, no qual haja **Tratamento de Dados Pessoais, cada parte será considerada um Agente de Tratamento,** seja na qualidade de Controlador, Operador ou ambos.

Apresentamos abaixo as **principais características** relativas a cada uma dessas figuras, conforme previsões da LGPD e do **Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado ("Guia Orientativo")**, bem como a definição de **Agentes de Tratamento de Pequeno Porte** e as consequências de ser considerado como um Agente de Tratamento de Pequeno Porte.

Por fim, caso você não saiba a posição que ocupa no Tratamento dos Dados Pessoais, clique aqui.

CONTROLADOR

O que é um Controlador?

É a pessoa natural ou jurídica, de direito público (governo) ou privado (empresa), a quem competem as decisões referentes ao Tratamento de Dados Pessoais (inciso VI, artigo 5° da LGPD). Não são Controladores as pessoas naturais que atuam como profissionais subordinados a uma pessoa jurídica ou como membros de seus órgãos.

Deveres/ Obrigações do Controlador

Controladores devem cumprir os princípios de proteção de dados e adotar medidas técnicas e organizacionais apropriadas para garantir que o Tratamento seja realizado em conformidade com a LGPD.

Competências do Controlador

(i) Avaliar o enquadramento de ao menos uma das bases legais para a realização de cada Tratamento de Dados Pessoais (artigo 7°, para Dados Pessoais, e artigo 11, para Dados Pessoais Sensíveis, da LGPD);

(ii) Acompanhar o ciclo de vida completo dos dados, descartando-os ou determinando o descarte quando do término do Tratamento;

(iii) Indicar o Encarregado (artigo 5°, VIII, e artigo 41, caput, da LGPD);

(iv) Elaborar o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (artigo 5°, XVII, da LGPD);

(v) Ser responsável pelo ônus da prova com relação ao Consentimento do Titular de Dados (artigo 8o, §2o, da LGPD);

(vi) Cumprir os direitos dos Titulares de Dados (artigo 18, caput, da LGPD);

(vii) Manter o registro das operações de Tratamento de Dados Pessoais (artigo 37 da LGPD);

(viii) Demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de Dados Pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (artigo 6o, X, da LGPD);

(ix) Transmitir aos Operadores as instruções para o Tratamento de dados (artigo 39 da LGPD);

(x) Comunicar a ANPD e o titular de Dados sobre a ocorrência de Incidente de Segurança que possa acarretar risco ou dano relevante aos titulares (artigo 48, caput, da LGPD);

(xi) Formular e empregar regras de boas práticas e governança em proteção de Dados Pessoais, levando em consideração, em relação ao Tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade, a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de Tratamento de dados do Titular de Dados (artigo 50, caput, LGPD);

(xii) Adotar medidas de segurança, técnica e administrativas aptas a proteger os Dados Pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de Tratamento inadequado ou ilícito (artigo 46, caput, da LGPD).



Responsabilidade

O Controlador que, em razão do exercício de atividade de Tratamento de Dados Pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de Dados Pessoais, é obrigado a repará-lo. Todos os Controladores diretamente envolvidos em operação de Tratamento de dados que causem danos ao titular, serão solidariamente responsáveis. **Salvo se comprovarem que:**

(i) não realizaram o Tratamento dos Dados Pessoais que lhes foi atribuído;

(ii) apesar de terem realizado o Tratamento dos Dados Pessoais que lhes foi atribuído, não houve violação à LGPD; ou

(iii) o dano decorrer de culpa exclusiva do Titular dos Dados ou de terceiro.

É possível que em uma relação comercial haja dois Controladores. A ANPD denominou esta co-controladoria de controladoria conjunta:

CONTROLADORIA CONJUNTA

Quando dois ou mais responsáveis pelo Tratamento determinam conjuntamente (seja ela em comum ou convergente) as finalidades e elementos essenciais para a realização do Tratamento de Dados Pessoais, por meio de acordo que estabeleça as respectivas responsabilidades quanto ao cumprimento da LGPD. Verifica-se a existência de controladoria conjunta quando os seguintes critérios forem observados:

1. Mais de um Controlador possui poder de decisão sobre o Tratamento de Dados Pessoais;
2. Há interesse mútuo de dois ou mais Controladores, com base em finalidades próprias, sobre um mesmo Tratamento; e
3. Dois ou mais Controladores tomam decisões comuns ou convergentes sobre as finalidades e elementos essenciais do Tratamento.



OPERADOR

O que é um Operador?

É a pessoa natural ou jurídica, de direito público (governo) ou privado (empresa), que realiza o Tratamento de Dados Pessoais em nome do Controlador (inciso VII, artigo 5° da LGPD).

Suboperador

Muito embora não haja previsão legal sobre o conceito na LGPD, o termo pode ser utilizado como parâmetro em cadeias de Tratamento mais complexas. O suboperador é aquele contratado pelo Operador para auxiliá-lo a realizar o Tratamento de Dados Pessoais em nome do Controlador. A relação direta do suboperador é com o Operador e não com Controlador. Porém, independentemente dos arranjos institucionais entre Operador e suboperador, para efeitos da LGPD, ambos podem desempenhar, a depender do caso concreto, a função de Operador e responder perante a ANPD.

Ademais, no contexto europeu, o GDPR prevê que o Operador deve informar a lista de suboperadores ao Controlador. Sem prejuízo da LGPD ser silente sobre o tema, tal informação é uma medida recomendável, quando possível.

Deveres/ Obrigações do Operador

Operadores devem cumprir os princípios de proteção de dados e as instruções dos Controladores, bem como adotar medidas técnicas e organizacionais apropriadas para garantir que o Tratamento seja realizado em conformidade com a LGPD.

Competências do Operador

(i) Manter registro das operações de Tratamento de Dados Pessoais que realize (artigo 37 da LGPD);

(ii) Demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de Dados Pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas (artigo 6o, X, da LGPD);

(iii) Formular e empregar regras de boas práticas e governança em proteção de Dados Pessoais, levando em consideração, em relação ao Tratamento e aos dados, a natureza, o escopo, a finalidade, a probabilidade e a gravidade dos riscos e dos benefícios decorrentes de Tratamento de dados do titular (artigo 50, caput, da LGPD).

(iv) Decidir sobre quais sistemas de TI ou outros métodos usar para coletar Dados Pessoais;

(v) Decidir como armazenar os Dados Pessoais;

(vi) Decidir como ele transferirá os Dados Pessoais de uma organização para a outra;

(vii) Decidir quais sistemas de TI ou métodos organizacionais implementar para permitir que os Titulares de Dados exerçam os direitos que lhes são garantidos pela LGPD;

(viii) Decidir como ele excluirá ou descartará os dados, bem como a forma com a qual garantirá o cumprimento de um cronograma de retenção.

Responsabilidade

O Operador é solidariamente responsável por danos causados em razão do Tratamento de Dados Pessoais, quando (i) descumprir a LGPD; ou (ii) não seguir as instruções do Controlador, sendo a ele equiparado, **salvo se comprovar que:**

(i) não tiver realizado o Tratamento dos Dados Pessoais que lhe foi atribuído;

(ii) apesar de ter realizado o Tratamento dos Dados Pessoais que lhe foi atribuído, não houve violação à LGPD; ou

(iii) o dano decorrer de culpa exclusiva do Titular dos Dados ou de terceiro.

Agentes de Tratamento de Pequeno Porte

Como vimos no presente capítulo, a LGPD estabelece diversos requisitos e obrigações para os Agentes de Tratamento. No entanto, por meio da referida lei, o legislador indicou a necessidade de regulamentação específica para viabilizar a adequação de microempresas e empresas de pequeno porte, bem como startups ou empresas de inovação à LGPD.

Assim, no dia 28 de janeiro de 2022, o Conselho Diretor da ANPD publicou a Resolução CD ANPD N°2, que aprova o Regulamento de aplicação da LGPD para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte.



O Regulamento elenca as seguintes entidades como Agentes de Tratamento de Pequeno Porte, nos termos da legislação vigente:

- Microempresas;
- Empresas de Pequeno Porte;
- Startups;
- Pessoas Jurídicas de Direito Privado, inclusive sem fins lucrativos;
- Pessoas Naturais; e
- Entes Privados Despersonalizados.

O Regulamento traz flexibilizações que dizem respeito à possibilidade de adoção de procedimentos simplificados e diferenciados, de forma a facilitar a conformidade desse grupo à LGPD e contribuir para a disseminação da cultura de proteção de dados pessoais.

As entidades integrantes do grupo acima mencionado poderão se beneficiar de diversas flexibilizações, como, por exemplo:

- A possibilidade de manter o registro das operações de tratamento de dados pessoais (Art. 37 da LGPD) de forma simplificada, em modelo a ser fornecido pela ANPD (Art. 9° do Regulamento);

- A dispensa de indicar o encarregado (Art. 41 da LGPD e Art. 11 do Regulamento);

- A concessão de prazo em dobro nos casos previstos no Regulamento, a exemplo do fornecimento de declaração clara e completa no caso de solicitação de acesso e/ou confirmação do tratamento pelo titular de dados.

Vale destacar que a própria Regulamentação estabelece que a aplicação das flexibilizações "**não isenta os agentes de tratamento de pequeno porte do cumprimento dos demais dispositivos da LGPD**, inclusive das bases legais e dos princípios, de outras disposições legais, regulamentares e contratuais relativas à proteção de dados pessoais, bem como direitos dos titulares".

Além disso, as medidas previstas na Resolução **não se aplicam** nas seguintes hipóteses:

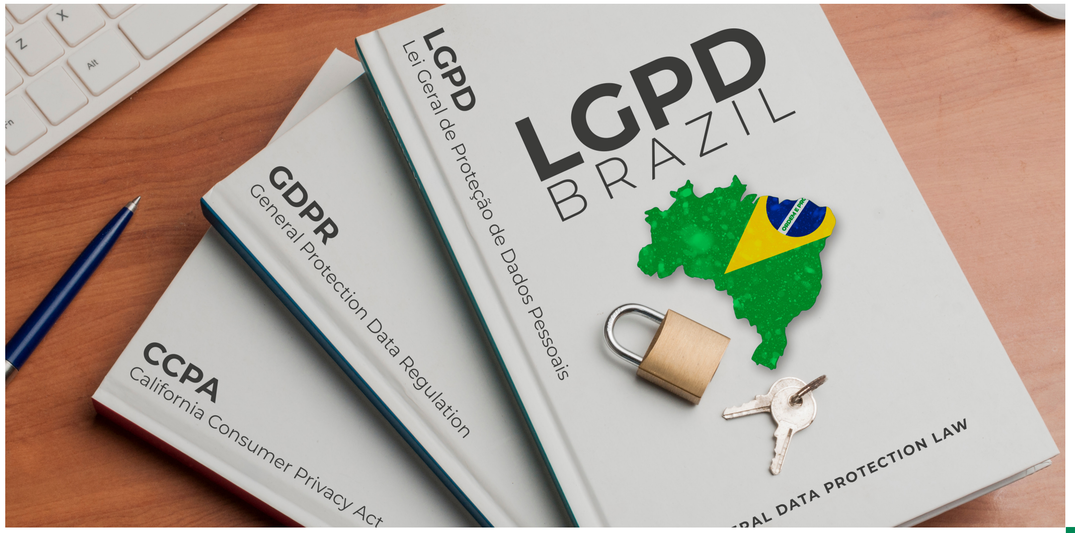
(i) ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos;

(ii) às hipóteses de tratamento de dados previstas no Art. 4° da LGPD; e

(iii) aos agentes de tratamento de pequeno porte que (a) realizem tratamento de alto risco para os titulares, (b) aufiram receita bruta superior ao limite estabelecido no Art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123/2006 ou, no caso de startups, no Art. 4º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 182/ 2021; ou (c) pertençam a grupo econômico de fato ou de direito, cuja receita global ultrapasse os limites referidos no item (b).

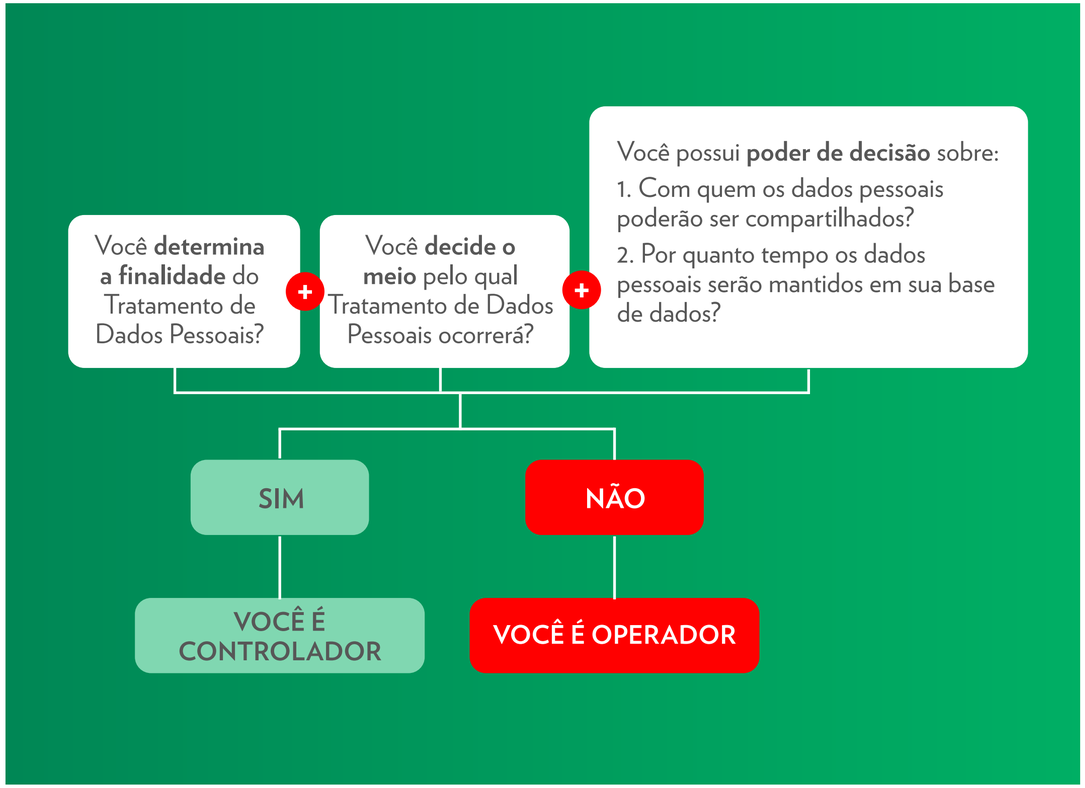
Ainda no contexto das iniciativas da ANPD para auxiliar os Agentes de Tratamento de Pequeno Porte no cumprimento da LGPD, a ANPD publicou o Guia Orientativo de Segurança da Informação Direcionado aos Agentes de Tratamento de Pequeno Porte. De forma a fornecer maiores diretrizes aos Agentes de Tratamento de Pequeno Porte, entre 4 de novembro de 2022 e 3 de janeiro de 2023, foi aberta a tomada de subsídios para definição do modelo simplificado de registro das operações de tratamento de dados pessoais.

Por fim, considerando o recente encerramento da tomada de subsídios sobre o modelo simplificado de registro das operações de tratamento de dados pessoais, bem como a ausência de definição do que seria considerado como "alto risco", espera-se que em breve tenhamos novas diretrizes da ANPD sobre o tema.



Sou Controlador ou Operador no contexto do Tratamento?

Por meio do fluxograma abaixo, você conseguirá identificar em quais situações você será considerado Controlador ou Operador:





O contrato celebrado entre o Controlador e o Operador é vinculante entre as partes, **mas as informações nele inseridas não são determinantes para estabelecer o status efetivo** das partes durante o Tratamento.

Ou seja, por mais que o contrato estabeleça que a parte X será Operadora, se durante o Tratamento ela figurar, no caso concreto, como Controlador, independentemente das disposições contratuais, ela será responsabilizada como Controladora.

Diante disso, é importante se atentar para a posição e as responsabilidades que cada uma das partes tem de fato, para que as determinações estabelecidas no contrato reflitam a realidade do Tratamento.

Cumpre salientar que ainda que a LGPD não determine expressamente sobre a obrigatoriedade de firmar um contrato entre o Controlador e Operador, como no caso do GDPR, o Guia Orientativo dispõe que tal ajuste **se mostra uma boa prática** de Tratamento, **uma vez que as cláusulas contratuais impõem limites à atuação do Operador,** fixam parâmetros para a responsabilização entre as partes e reduzem os riscos decorrentes do Tratamento de Dados Pessoais.

Por fim, além dos Agentes de Tratamento mencionados no presente capítulo, **a LGPD traz outra figura importante** no contexto da proteção dos dados pessoais. **A figura do Encarregado** foi igualmente endereçada no Guia Orientativo e será abordada no próximo capítulo do **Privacy Series.**



VEIRANO ADVOGADOS

A Experiência Veirano conta com uma abordagem holística, multidisciplinar e orientada para negócios. A fim de suprir todas as necessidades relacionadas à LGPD, nosso time de Proteção de Dados & Privacidade desenvolveu diversos formatos de projetos, que compreendem diferentes escopos de trabalho para atender demandas específicas de cada um dos nossos clientes:

1. Adequação completa

Com a atuação de uma equipe multidisciplinar, este projeto é destinado aos clientes que possuem como objetivo identificar e avaliar todas as atividades de Tratamento realizadas pela sua empresa e, a partir disso, identificar as vulnerabilidades e estruturar um plano de ação para criação de um programa de privacidade, proteção de dados embasado em pilares jurídico, processuais, de segurança da informação e governança corporativa.

2. *DPO as a service*

Neste modelo, assumimos a função de Encarregado (DPO) em nome do cliente. Para isso, alocamos um profissional para executar as atividades de gestão e monitoramento do programa de proteção de dados e privacidade do cliente.

3. Assessoria em M&A

Criado para assessorar clientes nos processos de auditoria legal de operações de fusão e aquisição, com o propósito de identificar questões de natureza jurídica relevantes (*red-flags*) e mitigar riscos relacionados à proteção e segurança de Dados Pessoais da empresa-alvo.

4. LGPD Pocket

Uma assessoria "pocket" para a adequação das atividades e/ou dos produtos desenvolvidos pela empresa, independentemente de seu porte ou linha de negócios, com um número reduzido de entregáveis.

5. LGPD on Demand

O LGPD on Demand é direcionado às organizações que desejam contar com uma assessoria multidisciplinar jurídica, de segurança da informação e governança corporativa, com atuação pontual e específica, relacionada a proteção de dados pessoais.

6. LGPD Legal Helpdesk

O Helpdesk foi criado para assessorar clientes em consultas e demandas sobre proteção de dados dentro de um pacote mensal de horas, seja antes, durante ou após o processo de adequação inicial.

7. Task Force para avaliação e comunicação de incidentes de segurança (VA Cybersecurity)

Assessoria jurídica específica e multidisciplinar para aspectos relacionados à suspeita ou ocorrência de um Incidente de Segurança, de acordo com as instruções mais atualizadas da ANPD e demais leis e regulamentos aplicáveis ao tema.

8. Representação em ações administrativas e judiciais envolvendo proteção de dados

Representação de clientes em ações ou potenciais ações administrativas e/ou judiciais em matéria de proteção de dados.

9. Análise de decisões administrativas e judiciais sobre proteção de dados

Monitoramento periódico de decisões proferidas em processos judiciais e administrativos, a fim de apresentar o entendimento das autoridades e os impactos para a empresa ou setor econômico ao cliente de forma resumida.

10. Elaboração e atualização de relatório de impacto à proteção de dados

A ANPD poderá solicitar ao Controlador o Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais (“RIPD” ou, em inglês, “DPIA”). Nossa equipe possui expertise no tema, e pode auxiliar com a elaboração e atualização do RIPD.

11. Desenvolvimento de workshops

Elaboração e aplicação de treinamentos sobre os principais conceitos de privacidade e proteção de dados para capacitação de seus colaboradores.

12. Playbook para negociação de contratos comerciais

Elaboração de *playbooks* para negociação e contratos comerciais, para facilitar e agilizar processos internos de equipes comerciais, técnicas e jurídicas.

13. Handbook para resposta aos titulares

Elaboração de materiais para auxiliar as empresas no atendimento tempestivo das solicitações dos titulares, bem como no procedimento a ser seguido pela empresa na resposta ao titular, conforme o modelo de negócio da companhia.

14. Transferência internacional de dados

Ajudamos clientes a entender o contexto da transferência internacional, adequá-la ao fundamento legal aplicável, avaliar requisitos de localização de dados, aditar contratos, elaborar e revisar acordos intragrupo e, de forma geral, responder consultas relacionadas à harmonização da legislação estrangeira com a brasileira.

15. Auditoria de privacidade e proteção de dados

Realizamos auditorias para avaliação do nível de maturidade da companhia, apresentando recomendações para mitigação de risco.

16. Elaboração e revisão de documentos pertinentes ao setor financeiro

Nosso time tem expertise em elaborar políticas de segurança em conformidade com as regulamentações específicas de segurança da informação do Banco Central, além de responder consultas sobre o tema.

Estamos à disposição caso tenha dúvidas ou precise de informações adicionais



FÁBIO PEREIRA
+55 11 2313 5906
fabio.pereira@veirano.com.br



ISABEL HERING
+55 11 2313 5726
isabel.hering@veirano.com.br



CINTIA ANDRADE
+55 21 3824 4655
cintia.andrade@veirano.com.br



PAOLA LORENZETTI
+55 11 99976 8480
paola.lorenzetti@veirano.com.br



DENISE LOUZANO
+55 11 2313 5912
denise.louzano@veirano.com.br

Com contribuição de Fernanda Azarite.

Disclaimer: Este material foi atualizado pela última vez em 08 de fevereiro de 2023 e publicado em 10 de fevereiro de 2023. Para informações mais atualizadas, entre em contato conosco.