Série Proteção de Dados

4 ENCARREGADO

VEIRANO ADVOGADOS



Esse é o quarto capítulo da Série Proteção de Dados. Clique aqui para acessar o cap. 3.



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.



Encarregado de Dados

Quem é o Encarregado segundo a Lei Geral de Proteção de Dados ("LGPD")?

O Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais, nos termos da LGPD, é a pessoa física ou jurídica, indicada pelo Controlador e pelo Operador para estabelecer a comunicação entre o Controlador, os Titulares de Dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados ("*ANPD*") (art. 5º, VIII, LGPD). Essa atuação é similar à figura do Data Protection Officer ("*DPO*"), prevista no GDPR, por isso o termo DPO é muito usado no Brasil, haja vista que a lei brasileira se inspirou nas diretrizes europeias.

De forma simplificada, o Encarregado é a pessoa responsável por cuidar da proteção de Dados Pessoais dos Titulares de Dados (sejam eles funcionários de uma empresa, indivíduos fora da organização, ou ambos). O Encarregado pode ser, então, tanto um colaborador da própria empresa, quanto um terceirizado – popularmente conhecido na Europa como "*DPO as a service*".

Nomeação do Encarregado: opção ou obrigação?

Ao contrário de outras legislações de proteção de dados estrangeiras, a LGPD não determinou em que circunstâncias uma organização deve indicar um Encarregado. Assim, deve-se assumir, como regra geral, que toda organização deverá indicar uma pessoa para assumir esse papel. A exceção seria apenas para os Agentes de Tratamento de Pequeno Porte (clique aqui), os quais devem apenas disponibilizar um canal de comunicação com o Titular de Dados para atender o disposto no art. 41, § 2º, I da LGPD.

A LGPD e o GDPR são uníssonos no sentido de que, havendo obrigatoriedade de indicação de Encarregado/DPO, é necessária a documentação de todo o processo de análise da contratação e manutenção da pessoa a ocupar tal cargo, em observância ao princípio da prestação de contas (cf. art. 6º, X, LGPD). Destaque-se que tal documentação poderá ser solicitada pela ANPD a qualquer tempo e, por isso, deverá ser atualizada sempre que necessário.

DPO vs. Encarregado

Enquanto na Europa o DPO deve possuir um elevado grau de autonomia e independência, com acesso direto à alta direção da empresa e aos Titulares de Dados, bem como estar sujeito a compromissos de confidencialidade, sendo vedada a cumulação de funções que resultem em conflito de interesses, conforme detalharemos no item 1.7, abaixo, no Brasil, as atribuições do Encarregado são, por enquanto, mais simples, não havendo tanto rigor na definição dos requisitos do cargo.

Tendo isso em vista, até que a ANPD apresente diretrizes para além do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, publicado em maio de 2021, a designação do DPO deve ser realizada em função das competências profissionais, em especial dos conhecimentos avançados sobre proteção de dados e privacidade, de forma que aquele que ocupe o cargo seja capaz de cumprir as tarefas relacionadas com a segurança e proteção de dados estabelecidas pela LGPD.

Por fim, destacamos que o European Data Protection Board, em 15 de março de 2023, informou que neste ano a designação e o cargo dos DPOs serão objeto da ação coordenada de aplicação do GDPR. Assim, tais tópicos serão discutidos por um Grupo de Trabalho composto por 26 autoridades de proteção de dados europeias.

Desta forma, estaremos atentos a novas publicações sobre o tema.



Informações sobre o Encarregado: publicar ou não publicar?

O parágrafo 1º do art. 41 da LGPD dispõe o seguinte "a identidade e as informações de contato do Encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do Controlador". Desta forma, ainda que a LGPD não estabeleça os tipos de contatos mínimos a serem disponibilizados, a princípio entendeu-se que, uma vez indicado o Encarregado, o Agente de Tratamento deveria divulgar os dados de sua indicação, bem como os dados para contato, como e-mail e telefone (em seu sítio eletrônico, por exemplo).

Não obstante, em um dos primeiros casos relevantes relacionados à LGPD, quando analisando a Política de Privacidade do *WhatsApp*, a ANPD apresentou suas primeiras diretrizes sobre o tema. Inicialmente, em março de 2021, a ANPD expressamente mencionou a necessidade de divulgação pública e acessível não somente das informações de contato do Encarregado, mas também de sua "identidade".

Em sua defesa, o *WhatsApp* sustentou que

(i) a finalidade da disposição na LGPD é garantir o devido atendimento aos Titulares de Dados;

(ii) a disponibilização das informações de contato seriam uma prática corriqueira do mercado;



e (iii) a divulgação da identidade do Encarregado poderia trazer riscos à sua privacidade e segurança.

Por fim, o *WhatsApp* forneceu, em caráter confidencial, à ANPD as informações de identidade do Encarregado nomeado pela empresa.

Diante disso, a ANPD aceitou os argumentos do *WhatsApp* e entendeu que não seria necessário fornecer a identidade do Encarregado na Política de Privacidade da empresa. Logo, tendo em vista que não há, até o momento, qualquer regulamento sobre o tema, podemos concluir que a simples indicação dos dados para o contato do DPO é suficiente para atender o disposto na LGPD.

Funções e características do Encarregado segundo a LGPD

A LGPD estipula as seguintes funções para o Encarregado:

- Aceitar reclamações e comunicações dos Titulares de Dados, prestar esclarecimentos e adotar providências;
- Receber comunicações da ANPD e adotar providências;
- Orientar os funcionários e os contratados da empresa a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de Dados Pessoais;
- Executar as atribuições determinadas pelo Controlador ou estabelecidas em normas complementares; e
- Administrar o fluxo de informações objeto de Tratamento.



A LGPD não apresenta expressamente as características e requisitos atinentes à função de DPO. No entanto, com base nas diretrizes da LGPD e na legislação europeia, recomenda-se que o Encarregado possua certas características que são importantes ao pleno exercício de sua função:

- Ter autonomia e liberdade para que possa indicar e tomar todas as providências necessárias;
- Possuir independência orçamentária;
- Ter contato direto com a diretoria da empresa;
- Ter remuneração específica, divorciada dos resultados da empresa, bônus ou meta de qualquer natureza;
- Não exercer cargos/funções concomitantes que possam resultar em um conflito de interesses, a fim de garantir o máximo cumprimento da LGPD.

A temática sobre o Encarregado está prevista na Fase I da Agenda Regulatória da ANPD para o biênio 2023-2024. Logo, além do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, a ANPD poderá estabelecer normas complementares sobre as atribuições do Encarregado, inclusive hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de Tratamento de dados, como mencionamos anteriormente.



Critérios de Elegibilidade para o cargo de Encarregado

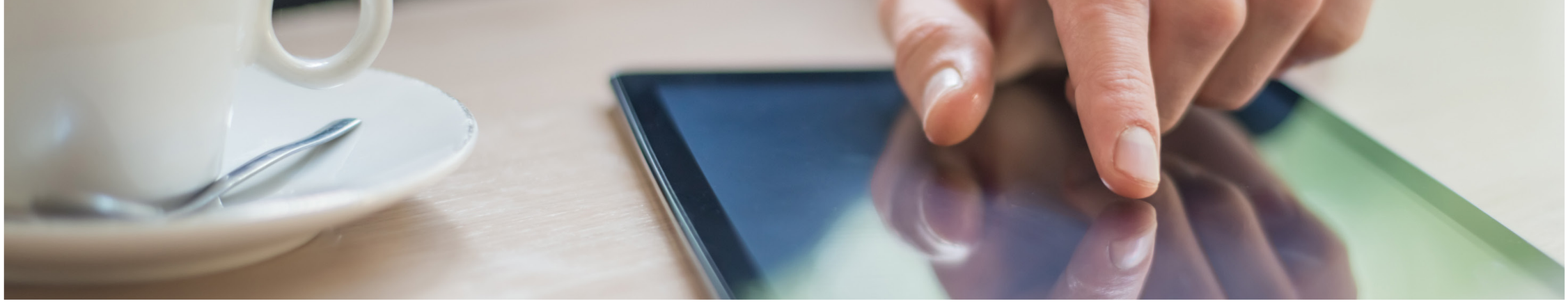
A princípio, antes da LGPD, o Encarregado deveria ser uma pessoa natural; contudo, o termo “natural” foi retirado da LGPD, o que possibilitou que tanto pessoas naturais quanto jurídicas pudessem ser indicadas como Encarregado.

Além disso, a LGPD não determina a obrigatoriedade do Encarregado em possuir conhecimento jurídico-regulatório, como é previsto no GDPR, que determina que o Encarregado deverá ser designado com base nas suas habilidades profissionais e expertise sobre as legislações de proteção de dados.

Tal obrigatoriedade foi vetada da Medida Provisória (MP nº 869/2018) que deu origem à LGPD, porque “contraria o interesse público, na medida em que se constitui uma exigência com rigor excessivo que se reflete na interferência desnecessária por parte do Estado na discricionariedade para a seleção dos quadros do setor produtivo, bem como ofende direito fundamental (cf. art. 5º, XIII, da Constituição Federal), por restringir o livre exercício profissional a ponto de atingir seu núcleo essencial”.

Embora não seja obrigado a possuir, necessariamente, conhecimentos legais e regulamentares, é importante que o Encarregado:

a. seja acessível externa e internamente, tendo em vista sua obrigação de receber solicitações dos Titulares de Dados e da ANPD, e de ajudar os funcionários do Controlador dos dados a atuarem nos ditames da LGPD;



b. caso não esteja situado no Brasil, conte com estruturas/procedimentos internos da empresa capazes de permitir a eficácia da comunicação do Encarregado com os Titulares de Dados e com a ANPD, que deverá ser feita em português, bem como tenha disponibilidade de vir ao Brasil, caso necessário;

c. tenha conhecimento da legislação de proteção de dados, das práticas de Tratamento de Dados Pessoais e capacidade de cumprir os requisitos da LGPD, proporcionalmente à complexidade da operação do Operador ou Controlador que o indicou;

d. seja um profissional (ou empresa) multidisciplinar, capaz de conhecer e interpretar a legislação de privacidade, lidar com órgãos governamentais, entender aspectos de tecnologia e segurança da informação, transitar em assuntos de *compliance*, governança e normas corporativas e ainda conhecer a operação da empresa;

e. tenha independência e capacidade de exercer suas funções sem carga excessiva ou conflito de interesses, mesmo que atue para mais de uma empresa;

f. esteja sempre atento às novidades em sua área de atuação, pois a ANDP poderá emitir normas administrativas específicas que devem ser observadas por ele, pelo Controlador e pelo Operador.

Também é recomendável que as seguintes habilidades sejam observadas:

» Conhecimento sobre os riscos no Tratamento de Dados Pessoais, tecnologia, ciber segurança, principalmente, sobre as leis e medidas de proteção de dados;

» Conhecimento sobre software e especificidades de dados, como os tipos de dados, se são estruturados ou não estruturados, e como estão sendo armazenados;

» Conhecimento sobre o uso dos dados dentro da empresa;

» Capacidade para a realização de avaliações de risco e impacto;

» Desenvoltura e boa comunicação para realizar o intermédio entre a companhia, os Titulares de Dados e a ANPD; e

» Capacidade para interagir com as diversas áreas da empresa.

Conflitos de Interesse no cargo de Encarregado

O GDPR, diferentemente da LGPD, determina expressamente que o DPO pode também atuar em outras funções e cargos, desde que esta atuação concomitante não resulte em conflito de interesses. Contudo, até recentemente, não haviam sido fornecidas quaisquer diretrizes acerca dos critérios para ocorrência de conflito de interesses.

Em fevereiro de 2023, a Sexta Câmara do Tribunal de Justiça da União Europeia (*Court of Justice of the European Union - CJEU*) publicou decisão (clique aqui) estabelecendo as primeiras instruções sobre o que seria considerado como conflito de interesse segundo o GDPR. A decisão decorreu do caso no qual a empresa X-FAB, localizada na Alemanha, dispensou seu DPO sob o argumento de que o seu papel como presidente do conselho de trabalho seria incompatível com o cargo de DPO. O DPO, por sua vez, ingressou em juízo requerendo a reintegração no seu cargo e o caso foi direcionado para a CJEU.

Com base no disposto no artigo 38(6) do GPDR, o qual determina que o DPO pode exercer outras funções e atribuições, devendo o Controlador ou o Operador, conforme for o caso, assegurar que essas funções e atribuições não resultem num conflito de interesses, a *CJEU* decidiu que poderá haver conflito de interesses quando o DPO for encarregado por tarefas e funções que resultem na determinação dos objetivos e métodos para o Tratamento dos dados pessoais. Além disso, segundo a *CJEU*, tal análise deverá ser realizada caso a caso



considerando a legislação aplicável, a estrutura organizacional do Agente de Tratamento e suas políticas internas.

Assim, ainda que a LGPD não mencione expressamente – e a ANPD não tenha se manifestado sobre o tema – é possível que esta mesma abordagem seja adotada no Brasil. Isto porque, conforme mencionado anteriormente, é recomendável que o Encarregado tenha independência e capacidade de observar e assegurar o atendimento da empresa à legislação aplicável sem enfrentar quaisquer obstáculos.

Regime de Responsabilidade Aplicável ao Encarregado

A LGPD não prevê responsabilização do Encarregado por eventual não conformidade da empresa com os requisitos de proteção de dados. O Encarregado não é pessoalmente responsável, pois o Controlador e o Operador são responsáveis por garantir e demonstrar que suas atividades são conduzidas de acordo com a regulamentação.

Não obstante, vale destacar que, mesmo que não haja um regime de responsabilidade específico nos termos da LGPD, o Encarregado poderá ser pessoalmente responsabilizado com base no Código Civil, caso atue de forma ilícita e venha a causar danos, conforme disposto nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro.



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



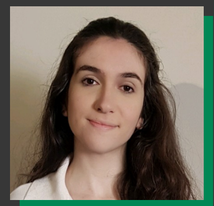
CINTIA ANDRADE
+55 21 3824 4655
cintia.andrade@veirano.com.br



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



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



FERNANDA AZARITE
+55 11 2313 3778
fernanda.azarite@veirano.com.br

Disclaimer: Este material foi atualizado pela última vez em 16 de março de 2023 e publicado em 17 de março de 2023. Para informações mais atualizadas, entre em contato conosco.