



RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

**CONSTRUÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO PARA REGULAMENTAÇÃO DA
ATIVIDADE DE ENCARREGADO NO ÂMBITO DA LGPD**

2023

RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

**CONSTRUÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO PARA REGULAMENTAÇÃO DA
ATIVIDADE DE ENCARREGADO NO ÂMBITO DA LGPD**

EQUIPE DE PROJETO:

**Andressa Girotto Vargas
Carlos Fernando do Nascimento
Camila Falchetto Romero
Diego Vasconcelos Costa
Luanna Martins Lopes
Jeferson Dias Barbosa
Kátia Adriana Cardoso de Oliveira
Paulo Cesar dos Santos
Thiago Guimarães Moraes**

RELATÓRIO DE ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO

CONSTRUÇÃO DO MODELO REGULATÓRIO PARA REGULAMENTAÇÃO DA
ATIVIDADE DE ENCARREGADO NO ÂMBITO DA LGPD

ELABORADO POR:

**Andressa Girotto Vargas
Carlos Fernando do Nascimento
Camila Falchetto Romero
Kátia Adriana Cardoso de Oliveira
Paulo Cesar dos Santos**

Nota:

Esse Relatório de Análise de Impacto Regulatório é um instrumento de análise técnica, cujas informações e conclusões são fundamentadas nas análises promovidas pela equipe técnica da ANPD responsável pelo tema. Assim, não reflete necessariamente a posição final e oficial da ANPD, que somente se firma pela decisão de seu Conselho Diretor.

SUMÁRIO

1	<i>Sumário Executivo</i>	6
2	<i>IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO</i>	9
3	<i>Identificação dos grupos afetados</i>	15
4	<i>Fundamentação legal</i>	16
5	<i>Objetivos a serem alcançados</i>	18
6	<i>Tomada de Subsídios</i>	19
7	TEMA 1 - DEFINIÇÃO E FORMAS DE ATUAÇÃO dO encarregado	24
	7.2 Alternativas possíveis ao enfrentamento do problema.....	26
	7.3 Impactos regulatórios das alternativas identificadas	27
	7.3.1 Alternativa A – Não ação	27
	7.3.2 Alternativa B - Adoção de modelo regulatório que defina expressamente a possibilidade de indicação de encarregado pessoa jurídica e esclareça aspectos sobre sua forma de atuação	29
	7.4 Comparação das Alternativas Consideradas	32
	7.5 Modelo Escolhido e Justificativa	33
8	TEMA 2 – CONHECIMENTOS DESEJÁVEIS PARA EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE ENCARREGADO	33
	8.1 Experiência Internacional	33
	8.2 Alternativas possíveis ao enfrentamento do problema.....	35
	8.2.1 Alternativa A: Não ação.....	36
	8.2.2 Alternativa B: Adoção de solução não normativa, baseada em guia de orientação de boas práticas	37
	8.3 Comparação Das Alternativas Consideradas.....	40
	8.5 Modelo Escolhido e Justificativa	42
9	TEMA 3 - ATRIBUIÇÕES DO ENCARREGADO	42
	9.1 <i>Experiência Internacional</i>	42
	9.3 OPÇÕES REGULATÓRIAS.....	45
	9.3.1 Alternativa A – Não ação	45
	9.3.2 Alternativa B - Adoção de modelo normativo com previsão de rol exemplificativo de outras atribuições.....	46
	9.3.2 Alternativa C - Adoção de modelo não normativo com orientação das atribuições ..	47
	9.4 COMPARAÇÃO DAS ALTERNATIVAS CONSIDERADAS	48

9.5 MODELO ESCOLHIDO E JUSTIFICATIVA.....	49
10 TEMA 4 - HIPÓTESES DE DISPENSA DE INDICAÇÃO DO ENCARREGADO	49
10.1 Experiência Internacional	49
10.3 Opções Regulatórias.....	51
Alternativa A - Não ação	52
Alternativa B - Extensão da dispensa a outros agentes de tratamento para além daqueles classificados como agentes de tratamento de pequeno porte que não incorram em tratamento de alto risco	53
10.4 COMPARAÇÃO DAS ALTERNATIVAS CONSIDERADAS	55
10.5 MODELO ESCOLHIDO E JUSTIFICATIVA	56
11 ESTRATÉGIA PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS ALTERNATIVAS SUGERIDAS	56
12 IDENTIFICAÇÃO E DEFINIÇÃO DOS EFEITOS E RISCOS DECORRENTES DA EDIÇÃO DO ATO NORMATIVO	57
13 IMPLEMENTAÇÃO E MONITORAMENTO	57

1 SUMÁRIO EXECUTIVO

Consoante o disposto no art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Este Relatório de AIR apresenta alternativas regulatórias e seus impactos para a regulamentação do art. 41, §3º da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), o qual estabelece a possibilidade de edição de normas complementares pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados sobre a definição, as atribuições do encarregado pelo tratamento de dados pessoais, 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.

Nesse sentido, busca-se avaliar a necessidade da intervenção estatal no sentido de expedir regulamentação complementar para trazer esclarecimentos normativos adicionais aos aspectos relativos ao desempenho das atividades atribuídas ao encarregado, às características da atividade, à atribuição de outras atividades, à definição de conhecimentos necessários para o desempenho da função, bem como às hipóteses de dispensa de indicação.

Para tanto, observaram-se quatro principais temas a serem avaliados:

- a. Formas de atuação do encarregado;
- b. Conhecimentos desejáveis para o exercício da função de encarregado;
- c. Atribuições do encarregado; e
- d. Hipóteses de dispensa da necessidade de sua indicação.

Para cada um dos temas suscitados, foram analisadas alternativas regulatórias, entre as opções de não-ação, de soluções normativas e de não normativas. Buscou-se

avaliar as vantagens e as desvantagens de cada alternativa, além do impacto de sua adoção ao regime de proteção de dados pessoais no país.

No primeiro tema, quanto à definição de encarregado, embora a LGPD já a preveja em seu art. 5º, VIII, não resta claro se a “pessoa” a ser indicada pelo controlador ou operador de dados se restringiria apenas à pessoa natural ou se tal possibilidade se estenderia à pessoa jurídica (ainda que essa tenha sido a intenção do legislador ordinário ao suprimir o termo “natural” da redação inicial do texto legal). De modo a solucionar esse problema, verificou-se que a adoção de uma solução normativa que defina expressamente a possibilidade de indicação de pessoa jurídica como encarregado, é medida capaz de conferir maior clareza ao texto da Lei, de modo a sanar cenário de incerteza quanto ao alcance do termo “pessoa”, previsto na definição do encarregado, constante do art. 5º, VIII da LGPD, a fim de restar cristalina a intenção do legislador quanto à possibilidade de se estender a designação da função de encarregado pelo tratamento de dados pessoais a pessoas jurídicas.

Quanto ao segundo tema, que envolve conhecimentos e habilidades necessárias para o desempenho da função de encarregado, é importante considerar que a LGPD não explicita esses requisitos. A ANPD recebeu diversos questionamentos sobre os perfis profissionais desejáveis para atuar como encarregado, tanto por meio do canal Fale.Br, quanto por meio de órgão de controle externo¹.

Nesse contexto, foi proposta solução não normativa, baseada em um guia de orientação de boas práticas considerando que por tratar-se de qualificações profissionais, a AIR concluiu que a Autoridade deveria se limitar a emitir recomendações, considerando o caráter infralegal do normativo a ser futuramente expedido, em observância ao art. 5º, XIII da Constituição Federal da República de 1988, segundo o qual é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório TC 039.606/2020-1. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/B4/25/78/27/D9C818102DFE0FF7F18818A8/038.172-2019-4-AN%20-%20auditoria_Lei%20Geral%20de%20Protecao%20de%20Dados.pdf

Em relação ao terceiro tema detalhado na AIR, que versa sobre as atribuições do encarregado, embora o art. 41, §2º da LGPD elenque algumas atividades ao encarregado, faculta à ANPD dispor a respeito. Considerando a relevância do papel a ser desempenhado pelo encarregado na garantia dos direitos dos titulares de dados pessoais e na assistência ao processo de adequação à Lei, o escalonamento das atribuições do encarregado pode se revelar necessário, notadamente para agentes de tratamento que realizem tratamento de alto risco, por exemplo. Assim sendo, foi proposta a adoção de solução normativa capaz de endereçar outras possíveis atribuições para encarregado, por meio de um rol exemplificativo, de modo a auxiliar os agentes de tratamento na identificação dessas.

Quanto ao quarto tema, relativo às hipóteses de dispensa do encarregado, considerando que a Resolução nº 2 CD/ANPD de 27 de janeiro de 2022, previu a dispensa de encarregado aos agentes de tratamento de pequeno porte, entendeu-se que a ampliação de hipótese de dispensa da indicação de encarregado para além daquelas previstas na referida Resolução não se revelaria pertinente no momento, uma vez que não há evidências e informações acerca dos efeitos decorrentes da edição daquele ato normativo, razão pela qual pode se revelar medida arriscada a ampliação da dispensa antes de realizada tal verificação. Assim sendo, optou-se pela alternativa de não ação.

Por fim, o que se espera com a presente AIR é proporcionar publicidade aos agentes de tratamento, aos encarregados e aos titulares de dados pessoais quanto as regras e os procedimentos a serem observados na definição e na indicação do encarregado, trazendo maior segurança jurídica na relação entre os diferentes atores. Ademais, a elaboração de ato normativo poderá trazer benefícios para os titulares de dados pessoais na medida em que a figura do encarregado atuará como facilitador e canal de comunicação com os agentes de tratamento para a garantia dos direitos fundamentais desses titulares. De igual forma, a indicação de encarregado exercerá papel fundamental na relação entre os agentes de tratamento e a ANPD uma vez que auxiliará diretamente no desempenho das competências fiscalizadoras e sancionatórias da autoridade.

2 IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA REGULATÓRIO²

O problema regulatório, também chamado de situação-problema motivadora, é o fato evidenciado ou com risco de ocorrência que necessita de intervenção regulatória estatal. Diversas circunstâncias podem levar à situação, tais como falhas de mercado, falhas regulatórias, falhas institucionais, necessidade de garantir condições ou direitos fundamentais a cidadãos ou promover objetivos de políticas públicas.³

Desde o início da vigência da LGPD, agentes de tratamento têm suscitado dúvidas quanto ao processo de adequação à Lei, muitas das quais relativas ao papel exercido pelo encarregado.

Questões como o escopo de suas atividades, sua posição na organização, possibilidade de terceirização, impedimentos ao exercício da função, hipóteses de dispensa de sua indicação, conhecimentos desejáveis ao bom desempenho da função, além de eventuais especificidades quanto aos controladores integrantes da Administração Pública. Algumas dessas questões já foram tratadas em regulamentos e guias expedidos pela ANPD, como é o caso do Guia para definição dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado⁴ e da Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022⁵, que aprovou o Regulamento de Aplicação da Lei nº 13.709, de 14

² O presente Relatório de Análise de Impacto Regulatório contou com as contribuições de Alexandra Krastins Lopes e Fernando de Mattos Maciel, ex-servidores da ANPD, enquanto servidores da Autoridade.

³ BRASIL. MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Modelo de governança da Análise de Impacto Regulatório do Ministério da Economia: descriptivo do processo decisório. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/air/guias-e-documentos/airmodelodegovernanca_semlogo.pdf.

⁴ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia_agentes_de_tratamento_e_encarregado_defeso_eleitoral.pdf.

⁵ BRASIL. Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022. Aprova o Regulamento de aplicação da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, ed.20, seção 1, p.6. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cd/anpd-n-2-de-27-de-janeiro-de-2022-376562019#wrapper>.

de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), para agentes de tratamento de pequeno porte.

Não obstante a isso, ainda são recorrentes os questionamentos formulados a essa Autoridade, seja por meio do canal Fale.Br, seja via órgão de controle externo⁶, a respeito dos perfis e requisitos profissionais desejáveis para atuação na função de encarregado.

Ademais, no exercício de suas atribuições, o bom desempenho da função do Encarregado poderá contribuir no fomento e disseminação da cultura de proteção de dados na organização como, por exemplo, ao receber solicitações de titulares e da Autoridade Nacional e adotar providências ou, ainda, ao orientar funcionários e contratados a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais.

Além das atividades acima mencionadas, observa-se que o art. 41, IV, da LGPD permite que o controlador determine a execução de outras atribuições, bem como possibilita que a ANPD estabeleça outras atribuições, por meio da edição de normas complementares, nos termos do art. 41, §3º da Lei.

Em que pese o art. 41, §3º, da LGPD tenha conferido faculdade à ANPD para dispor acerca de normas complementares sobre a definição e 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, reflete-se quanto à necessidade de atuação da Autoridade reguladora nesse sentido.

Relativamente à definição do encarregado, a LGPD o define em seu art. 5º, inciso VIII, como a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a ANPD”.

No entanto, observa-se que, desde a publicação da Lei, o referido dispositivo sofreu diversas alterações. Inicialmente havia sido previsto que o encarregado

⁶ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório TC 039.606/2020-1. Disponível em:
https://portal.tcu.gov.br/data/files/B4/25/78/27/D9C818102DFE0FF7F18818A8/038.172-2019-4-AN%20-%20auditoria_Lei%20Geral%20de%20Protecao%20de%20Dados.pdf

consistiria em uma pessoa natural, termo este que foi suprimido pela redação da Medida Provisória (MP) nº 869, de 2018, de modo que após a sua publicação, passou-se a referenciar o encarregado apenas como “pessoa”, sem qualificá-la.

Não obstante a possibilidade de que a função possa ser desempenhada por pessoas jurídicas, identificam-se questionamentos quanto a forma de atuação do encarregado, quais sejam: i) existem atribuições distintas do encarregado, considerando o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados? ii) quais os principais impactos dessas atuações diferenciadas?; iii) seria possível um controlador indicar mais de um encarregado?; iv) é necessária a indicação de um substituto ao encarregado no caso de ausência ou impedimento deste?; v) no caso de agentes de tratamento com sede situada fora do território nacional, que se enquadrem nas hipóteses previstas no art. 3º da LGPD, independentemente de disporem de sucursal, filial ou qualquer outra representação no País, seria necessária a indicação de encarregado situado no Brasil? ; e vi) no caso de empresas integrantes de grupos econômicos de fato ou de direito, é possível a indicação de um único encarregado para todo o grupo econômico?

Além disso, ressalta-se que, inicialmente, o referido artigo estabelecia a indicação da figura do encarregado tão somente ao controlador. No entanto, essa disposição foi modificada com a conversão da MP na Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019 que se passou a permitir a indicação de encarregado também, pelo operador.

Todavia, atenta-se ao fato de que o art. 41 da LGPD traz o dever de indicação de encarregado somente ao controlador, restando silente à figura do operador. Nesse sentido, a indicação de um encarregado pelo operador pode ser compreendida, em geral, como facultativa, enquanto para o controlador como obrigatória. Entretanto, atenta-se ao fato de que o art. 23 da LGPD, ao disciplinar sobre o tratamento de dados pessoais realizado pelas pessoas jurídicas de direito público, determina que seja indicado um encarregado quando essas realizem operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 da Lei. Assim sendo, pode-se compreender que para tais operadores subsistiria o dever de indicação.

Ainda quanto à definição e às características do encarregado, observa-se que a LGPD nada dispõe quanto aos conhecimentos desejáveis para o exercício da função.

No entanto, vale recordar que o art. 41, §4º da LGPD, que foi objeto de voto, previa que o encarregado deveria “ser detentor de conhecimento jurídico-regulatório e ser apto a prestar serviços especializados em proteção de dados”.

Segundo as razões do voto, a exigência de que o encarregado fosse detentor de conhecimento jurídico-regulatório contrariaria o interesse público, e constituir-se-ia em uma “interferência desnecessária por parte do Estado na discricionariedade para a seleção dos quadros do setor produtivo⁷”, bem como ofenderia o direito fundamental, previsto no art. 5º, XIII da Constituição da República, uma vez que restringiria “o livre exercício profissional a ponto de atingir seu núcleo essencial”.⁸

Nesse sentido, surgem questões fundamentais: Será que deveriam existir critérios específicos para a designação de uma pessoa como encarregado? Poderiam esses critérios incluir requisitos como formação mínima (qualificações e habilidades), experiência profissional, ou até mesmo mecanismos formais para verificar esses conhecimentos? Em caso afirmativo, quais seriam as qualificações e habilidades consideradas adequadas para o desempenho eficaz dessas funções?

Por outro lado, a ausência de orientações claras também impacta negativamente aqueles que já receberam a designação para atuar como encarregados. A natureza relativamente nova dessa função deixa os incumbidos com uma sensação de incerteza, uma vez que eles enfrentam expectativas e esforços direcionados a um resultado que permanece vagamente definido. Essa incerteza, por si só, prejudica o direito fundamental, uma vez que pode incentivar comportamentos indesejáveis por parte de agentes de tratamento menos comprometidos. A falta de clareza nas regras, moralmente, pode justificar a negligência.

Relativamente às atribuições do encarregado, destaca-se que ele poderá desempenhar um importante papel no fomento e disseminação da cultura de proteção

⁷ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem nº 451, de 14 de agosto de 2018. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-451.htm.

⁸ *Ibidem*.

de dados na organização como, por exemplo, ao receber solicitações de titulares e da autoridade nacional e adotar providências ou, ainda, ao orientar funcionários e contratados a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais.⁹

Além das atividades acima mencionadas, observa-se que o art. 41, IV, da LGPD permite que o controlador determine a execução de outras atribuições ao encarregado, bem como possibilita que a ANPD estabeleça outras atribuições, por meio da edição de normas complementares, nos termos do art. 41, §3º da Lei.

Consoante determinação insculpida na LGPD, incumbe ao controlador a indicação de encarregado pelo tratamento de dados pessoais, no entanto, a própria Lei previu a possibilidade de a ANPD, por meio de normas complementares disponha sobre, entre outros temas, a dispensa de indicação de encarregado, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

Ainda no que diz respeito às atividades que o encarregado pode desempenhar, além das mencionadas no artigo 41, §2º da LGPD, surge a questão sobre quais outras tarefas ele poderia exercer. Além disso, é relevante considerar se o acúmulo de funções seria viável e sob quais circunstâncias isso poderia resultar em conflitos de interesse em relação ao desempenho de suas atribuições.

Quanto à dispensa do Encarregado, convém mencionar que em 2022 a ANPD publicou a Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 janeiro de 2022, que aprovou o Regulamento de Aplicação da LGPD para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte, a qual consignou previsão de hipótese de dispensa da necessidade de indicação do encarregado para os agentes de tratamento de pequeno porte, exceto para aqueles que se enquadrem nas hipóteses previstas no art. 3º daquele regulamento, isto é, para os que: I - realizem tratamento de alto risco para os titulares, ressalvada a hipótese prevista no art. 8º; II - auferiram receita bruta superior ao limite estabelecido no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006 ou, no caso de startups, no art. 4º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 182,

⁹ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, versão 2, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-agentes-de-tratamento-e-encarregado-defeso-eleitoral>.

de 2021; ou III - pertençam a grupo econômico de fato ou de direito, cuja receita global ultrapasse os limites referidos no inciso II, conforme o caso.

Não obstante a dispensa conferida a determinados agentes de tratamento de pequeno porte, subsiste o dever de disponibilização de um canal de comunicação com o titular de dados, para fins de atendimento ao disposto no art. 41, § 2º, I da LGPD.

Tendo em vista que o artigo 41, parágrafo 3º, da LGPD estabelece critérios para a dispensa do encarregado, como a natureza e o porte da entidade, bem como o volume de operações de tratamento de dados, e considerando que esses critérios já foram abordados na Resolução CD/ANPD nº 2/2022, que contempla a definição de tratamento em larga escala, torna-se necessário avaliar a possibilidade de incluir outros critérios ou cenários que poderiam justificar a dispensa da nomeação do Encarregado.

Vale destacar que o custo regulatório foi, em boa medida, motivo para dispensar¹⁰ o Agente de Tratamento de Pequeno Porte da indicação de um encarregado.

Reducir o grau de exigências, com uma intervenção inicialmente mais cautelosa, pode, a princípio, reduzir o impacto da obrigação legal e, consequentemente, o custo da conformidade com a lei. Paralelamente, a manifestação regulatória pode trazer maior alinhamento das expectativas, aumentando a eficiência no uso dos recursos humanos disponíveis e a especialização dos profissionais da proteção de dados.

Nesse sentido, a questão que enseja a análise, ou seja, o problema regulatório ou situação-problema motivadora, consiste na avaliação da suficiência das regras existentes sobre o tema para o desempenho da função e da necessidade de intervenção estatal, por meio de normas complementares, na forma prevista no § 3º do art. 41 da LGPD, quanto aos aspectos relativos: a) desempenho das funções de encarregado, de forma a conferir maior segurança jurídica ao agente de tratamento quando da sua indicação; b) conhecimentos desejáveis para atuação do encarregado; c) hipóteses de dispensa da indicação; e d) ao exercício da função de encarregado, quer sejam as

¹⁰ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Relatório de Análise de Impacto Regulatório Construção do Modelo Regulatório para Aplicação da LGPD para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Startups e Pessoas Físicas que Tratam Dados Pessoais. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/documentos-de-publicacoes/2021.08.17__AIR_Reg_MPE__versao_final.pdf

características da função, as atividades a ele atribuídas, a necessidade de suporte administrativo e do relacionamento profissional no âmbito da organização.

3 IDENTIFICAÇÃO DOS GRUPOS AFETADOS

A transversalidade da LGPD alcança todas as operações de tratamento de dados, independentemente do meio adotado, do país sede do agente de tratamento, ou do país em que estejam localizados os dados, conforme dispõe o artigo 3º da Lei.

Com isso, a proposta de norma em análise, que trata sobre o encarregado nos termos do disposto no § 3º do art. 41 da LGPD, pode impactar de formas distintas os agentes de tratamento, os titulares de dados, os próprios encarregados, bem como a ANPD.

Os controladores serão afetados pela norma a ser editada na medida em que têm o dever de indicar encarregado, nos termos do art. 41 da LGPD, a exceção dos Agentes de Tratamento de Pequeno Porte (ATTP), nos termos do art. 11 da Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022,¹¹ ressalvados aqueles que se enquadrem nas hipóteses previstas no art. 3º da referida Resolução. Também haverá efeitos decorrentes do relacionamento que terão obrigatoriamente quando do exercício das atividades atribuídas ao encarregado, quer sejam elas definidas por regulamentação, quer sejam elas determinadas pelo próprio controlador nos termos do inciso IV do § 2º do art. 41 da LGPD.

Em relação aos operadores, o art. 5º, VIII da LGPD, prevê a possibilidade de indicação de encarregado. Ainda que, em regra, a obrigação de indicar seja do controlador, atenta-se para o disposto no inciso III do art. 23 da LGPD, ao prever que pessoas jurídicas de direito público, referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, devem indicar um encarregado quando realizarem

¹¹ Não obstante a possibilidade de dispensa de indicação para determinados ATTPs, permanece o dever de disponibilização de canal de comunicação junto aos titulares, nos termos do art. 41, § 2º, I da LGPD.

operações de tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 39 desta Lei. Nesse sentido, entende-se que tais operadores, igualmente afetados pela norma, uma vez que necessariamente devem observar as regras quando da indicação.

Os titulares de dados pessoais, bem como a ANPD, também poderão ser afetados, na medida em que o encarregado atua, entre outras atividades, como um canal de comunicação entre eles, o controlador e a ANPD, conforme prevê o inciso VIII, do art. 5º e o inciso I do § 2º do art. 41 da LGPD, podendo ser considerado como um facilitador na garantia do pleno exercício dos direitos conferidos pela LGPD.

Observa-se, por fim, que aqueles que desempenham a função na qualidade de encarregado serão diretamente afetados pela edição do normativo, considerando que a regulamentação complementar poderá influenciar na aquisição de conhecimentos desejáveis, na definição das atividades e no desempenho de atribuições da função por eles desempenhada.

Assim, os grupos a seguir foram identificados como mais impactados:

- i. agentes de tratamento de dados;
- ii. titulares de dados pessoais;
- iii. encarregados;
- iv. ANPD

4 FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

O direito à proteção dos dados pessoais foi incluído pela Emenda Constitucional (EC) nº 115/2022 no rol de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal.

Tal inclusão representa um marco significativo na proteção dos dados pessoais no Brasil, reconhecendo sua importância intrínseca para a dignidade da pessoa humana e para o pleno exercício de direitos fundamentais.

Além disso, a referida EC previu a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Esse reconhecimento da competência é fundamental para a criação de uma legislação nacional que assegure a harmonização e a efetividade das normas relacionadas à proteção de dados pessoais em todo o território brasileiro.

Considerando a competência normativa dessa Autoridade para edição de regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, nos termos do art. 55-J, XIII da LGPD¹², bem como a previsão contida no art. 41, § 3º da LGPD, a qual estabelece a competência da ANPD para a edição de norma complementar sobre a definição e 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, entende-se justificada a competência da ANPD para regular o tema em questão.

Art. 41 O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

[...]

§ 3º A autoridade nacional poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e 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.

Ademais, destaca-se que a Agenda Regulatória ANPD para o biênio 2021-2022, aprovada pela Portaria nº 11, de 27 de janeiro de 2021, previu no item 8, entre as ações a serem priorizadas pela Autoridade o estabelecimento de normativo para regulamentação do exercício da função do encarregado pelo tratamento de dados pessoais, nos termos do art. 41, § 3º da LGPD.

Impende mencionar que a Portaria nº 35, de 4 de novembro de 2022 tornou pública a Agenda Regulatória para o biênio 2023-2024, que previu em seu item 6 a continuação da regulamentação da norma sobre o encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

Conforme determina o art. 55-J, §2º, da Lei, tal regulamentação deve ser precedida de Análise de Impacto Regulatório, em linha ao disposto no art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, regulamentada pelo Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.

¹² Art. 55-J. Compete à ANPD: [...] XIII - editar regulamentos e procedimentos sobre proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sobre relatórios de impacto à proteção de dados pessoais para os casos em que o tratamento representar alto risco à garantia dos princípios gerais de proteção de dados pessoais previstos nesta Lei.

5 OBJETIVOS A SEREM ALCANÇADOS

Diferentemente de outras jurisdições, no Brasil, a LGPD destinou apenas um artigo para tratar sobre o encarregado. Em seu art. 41, dispõe sobre o dever de indicação pelo controlador, sobre a necessidade de publicação da identidade e das informações de contato do encarregado, sobre algumas atividades que o ETDP deve desempenhar, bem com a possibilidade de a autoridade nacional estabelecer normas complementares.

Destaca-se que ao longo da Lei há a menção sobre o encarregado, no inciso VII do art. 5º ao tratar sobre a sua definição, e no inciso III do art. 23, ao indicar a obrigatoriedade de sua indicação pelas pessoas jurídicas de direito público que realizem operações de tratamento de dados pessoais.

Essa postura econômica do legislador, no que se refere ao encarregado, seria benéfica para a regulação de questões complexas por reconhecer que a rigidez da lei em sentido estrito não é adequada para aqueles temas de grande impacto social ou econômico, cujo debate ainda não se tornou maduro, tanto pelo pouco tempo de discussão quanto pela velocidade das mudanças nos paradigmas comportamentais e tecnológicos. É o caso da proteção dos dados pessoais e da privacidade.

A opção por uma lei concisa, aliada à possibilidade de complementação de regras pelo regulador infralegal, confere maior flexibilidade para adoção de uma regulamentação responsável para atender, com o dinamismo necessário, à complexidade e a evolução do tema. Isso ocorreu na LGPD de forma explícita, ao menos no que se refere ao encarregado. Há medidas importantes e desejáveis, cuja possibilidade de ordenamento pela via regulamentar complementar foi indicada no § 3º do art. 41 da LGPD, derivada da necessidade de preservar o direito fundamental e os princípios da LGPD.

Nesse contexto, há espaço para recomendação de comportamentos e de procedimentos, de modo a reduzir as dúvidas dos regulados e aumentar a adoção de práticas legítimas e benéficas para o exercício da função de encarregado. Não obstante, embora existam pontos nos quais a atuação regulatória poderia garantir certas condutas

aparentemente mais eficientes, a capacidade da ANPD para agir está limitada aquilo que foi explicita ou implicitamente posto sob sua gestão.

Portanto, o objetivo de uma eventual intervenção regulatória seria auxiliar, os agentes de tratamento em relação à indicação do encarregado – além dos próprios indicados – de forma a superar possíveis lacunas do texto legal que estariam impedindo e/ou dificultando a compreensão adequada de seu papel junto ao controlador, bem como das características que seriam adequadas para o exercício pleno de suas atribuições, respeitando os limites legislativos.

6 TOMADA DE SUBSÍDIOS

No dia 18 de março de 2022, a ANPD publicou o aviso de Tomada de Subsídios nº 01/2022, nos termos da Nota Técnica nº 9/2022/CGN/ANPD, a fim de fossem realizadas reuniões técnicas restritas a convidados selecionados para coleta de contribuições no intuito de subsidiar o processo de regulamentação de norma sobre o encarregado. Para a seleção dos interessados nos convites, foram observados os seguintes critérios:

- Diversidade de representação de diferentes setores da sociedade (entidades da sociedade civil, setor empresarial, setor público, comunidade científica, entre outros);
- Diversidade de gênero por bloco de reunião técnica;
- Diversidade de participantes de diferentes regiões do País;
- Participação restrita a um representante por organização;
- Formação acadêmica e complementar na área de proteção de dados pessoais e áreas correlatas; e
- Experiência profissional ou acadêmica em proteção de dados pessoais.

Assim, no período de 05 a 08 de abril de 2022 foram realizadas cinco reuniões técnicas, com vinte especialistas de diferentes setores de atuação tais como: Academia e Centros de pesquisa; Agente de tratamento que realiza tratamento de alto risco; Agente de tratamento de Pequeno Porte; Setor Público, entre outros. Quanto ao

aspecto regional, foram contempladas quatro das cinco regiões do país, uma vez que houve a participação de representantes das regiões Norte, Nordeste, Sul e Sudeste.

Figura 1: Participação por setor



Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

Para melhor organização dos trabalhos, as reuniões técnicas foram divididas em blocos temáticos, quais sejam: características e atribuições; formas de atuação do encarregado; terceirização e responsabilização; informação de contato do encarregado, dispensa e flexibilização de indicação do encarregado; e, setor público.

A maioria das contribuições apontou para a necessidade de estabelecer requisitos mínimos, a título de recomendação, para os profissionais na função de encarregado, sob risco de possível descumprimento da LGPD, em que pese ter havido manifestação pelo não estabelecimento de nenhum requisito deixando tal definição exclusivamente ao controlador.

Quanto aos conhecimentos desejáveis para o exercício da função foram elencadas áreas correlatas ao tema de privacidade e proteção de dados, tais como: tecnologia da informação, segurança da informação, jurídica, gestão empresarial, ouvidoria, *compliance*, entre outras. Além disso, destacou-se para a necessidade de conhecimento sobre a área de atuação da organização e o respectivo arcabouço legal que a rege.

A maioria das contribuições defenderam a possibilidade de acumulação de outras funções pelo encarregado, sendo necessária a observância de eventual conflito de interesses.

Sobre possíveis atribuições a serem desempenhadas pelo encarregado, além das constantes no art. 41, § 2º da LGPD, foram indicadas outras atividades que se caracterizam um desdobramento, um detalhamento ou o esclarecimento daquelas já previstas no citado dispositivo da Lei.

A respeito do grau de autonomia que o encarregado deverá ter no desempenho de suas funções, as contribuições recebidas sinalizaram pela necessidade de que o encarregado deva possuir condições para emitir opiniões técnicas sobre eventuais riscos e apontar salvaguardas.

Atentou-se, porém, que no caso das pessoas jurídicas de direito público, considerando o princípio da legalidade administrativa e levando-se em conta a leitura literal do texto do inciso III, do art. 23 da LGPD, essas só poderiam designar um único encarregado.

No tocante aos agentes de tratamento com sede no exterior, houve consenso no sentido que o encarregado não necessita estar situado no Brasil, mas deverá necessariamente ser fluente em português, a fim de orientar os colaboradores das organizações, esclarecer as questões levantadas pelos titulares e manter uma boa comunicação entre estes, controlador e a ANPD.

Relativamente à possibilidade de terceirização das funções do encarregado, houve o entendimento de que seria possível, podendo tanto ser um funcionário da organização, quanto um agente externo, de natureza física ou jurídica, a depender do tipo e do modelo de negócio.

Quanto à divulgação da identidade do encarregado, houve unanimidade no sentido que não se deve divulgar a identidade da pessoa física que assumiu a função. Os participantes entenderam que a divulgação de um endereço de e-mail ou número de telefone específico, poderia ser suficiente.

Foi sugerida a criação de um cadastro atualizado dos dados e contatos do encarregado responsável junto à Autoridade.

Em caso de vacância do Encarregado, a designação de um substituto pode ocorrer, de acordo com as políticas internas do controlador e por não haver a previsão na LGPD não deveria fazer parte da regulamentação em referência.

Apontou-se ainda, que não deveria haver a possibilidade de outras dispensas da indicação de encarregado, para além do caso já previsto no Regulamento dos Agentes de Tratamento de Pequeno Porte, dada a relevância do papel desenvolvido, de um agente de transformação nas organizações, bem como o atual estágio de maturidade cultural do país da proteção de dados pessoais.

Relativamente à atuação do encarregado no setor público, a maioria das contribuições entendeu que não deveria haver mandato para a função de encarregado. Entre as justificativas apresentadas esteve a de que isso poderia impossibilitar a projeção de suas atividades a médio e longo prazo, podendo, inclusive, desacelerar o processo de maturidade no desempenho da função e na curva de aprendizagem organizacional sobre a temática, bem como cercearia a discricionariedade da Administração Pública de decidir pela manutenção do mesmo profissional desempenhando tal atividade.

Com relação à nomeação de encarregado na Administração Pública, apontou-se que deverá recair sob pessoas naturais, podendo ser exercida por ocupantes de cargo de livre nomeação e exoneração, sem prejuízo da constituição de uma equipe/conselho/comitê que auxilie essas pessoas no exercício de suas funções, desde que seja garantia de estabilidade e segurança no exercício da função, além de salvaguardar a independência técnica.

Vale mencionar que as gravações das reuniões técnicas foram publicadas no canal da ANPD no YouTube.

Além disso, ressalta-se que foram atendidos pedidos de reuniões nos dias 26 de abril e 10 de junho de 2022, junto com Associação Brasileira de Instituições de Pagamentos (ABIPAG) e à Associação Nacional de Birôs de Crédito (ANBC). Os principais pontos abordados nessas reuniões foram listados nas Memórias de Reunião (SEI nº 3432761, 3448323).

Houve, ainda, contribuição do Conselho Nacional de Proteção de Dados (CNPD), por meio de seu Grupo de Trabalho (GT3) - criado com o objetivo de realizar análises, estudos e fazer proposições relacionadas ao acompanhamento da agenda regulatória da ANPD - a partir de respostas às perguntas formuladas no âmbito da Tomada de Subsídios encaminhadas por meio de Relatório Final (SEI nº 3797457), aprovado reunião realizada na 5ª Reunião Extraordinária do CNPD, ocorrida em 7 de dezembro de 2022.

Entre os pontos abordados pelo CNPD, destacam-se os seguintes:

- a. Importância que o agente de tratamento tenha liberdade e flexibilidade para a escolha do encarregado;
- b. Caso haja definição de critérios para designação do encarregado, que sejam previstos de forma genérica e ampla, previstos de forma principiológica e como recomendação;
- c. Possibilidade que o encarregado exerça outros papéis, observando-se apenas que a acumulação de funções não afete as suas atribuições na qualidade de encarregado;
- d. Autonomia para o exercício seu papel, mas subordinação às normas da entidade como qualquer outro funcionário ou membro da administração da entidade, caso seja encarregado interno na estrutura do controlador;
- e. Possibilidade de indicação de um encarregado para empresas integrantes do mesmo grupo econômico, de fato ou de direito;
- f. Possibilidade de terceirização, total ou parcialmente, o papel e as atribuições do encarregado, a critério do agente de tratamento;
- g. Responsabilidade apenas pelo não cumprimento de suas obrigações legais e contratuais perante o controlador na medida do disposto pelo instrumento contratual celebrado entre as partes e com as normas já existentes no ordenamento jurídico brasileiro sobre Responsabilidade Civil;
- h. Importância da preservação da identidade pessoal do encarregado, sendo desnecessária a divulgação pública da sua identidade (nome ou outras informações pessoais), para sua segurança, integridade e incolumidade, inclusive em ambiente digital, e, também, para que os titulares de dados pessoais e a ANPD somente possam acessá-lo por meio dos canais de contato institucionais;
- i. Possibilidade de outras hipóteses de dispensa da indicação do encarregado, além daquelas já previstas na norma da ANPD a respeito dos agentes de tratamento de pequeno porte como, por exemplo, no caso de empresas que não são operacionais ou que tratem baixo volume de dados pessoais.

A seguir serão apresentadas as experiências internacionais, as alternativas possíveis ao enfrentamento do problema, os impactos regulatórios das alternativas identificadas e a comparação das alternativas, tendo em vista os quatro problemas mapeados: a) formas de atuação do encarregado; b) conhecimentos desejáveis para atuação do encarregado; c) atribuições do encarregado; e d) hipóteses de dispensa da indicação.

Ademais, cabe registrar que na avaliação do impacto regulatório das alternativas foi utilizada a metodologia de multicritério, considerando critérios qualitativos, dada a ausência de dados para aplicação de um método mais objetivo baseado em custos regulatórios.

7 TEMA 1 - DEFINIÇÃO E FORMAS DE ATUAÇÃO DO ENCARREGADO

7.1 Experiência Internacional

A figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais instituída pela LGPD, é definida como a “pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).

Em outras jurisdições, há papéis semelhantes, os quais recebem a denominação de *Data Protection Officer* (DPO), *Privacy Officer*, *Information Officers*, entre outros.

O Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu¹³, por exemplo, prevê que o *Data Protection Officer* poderá ser um integrante do corpo de funcionários do controlador ou do operador, ou, ainda, desempenhar suas tarefas a partir de um contrato de serviços.

¹³ PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>

Na América do Sul, o Uruguai¹⁴ prevê expressamente a possibilidade de que a indicação de um *delegado de protección de datos* recaia sobre uma pessoa jurídica. Nesse caso, há o dever de comunicação à Autoridade de Proteção de Dados Uruguaia, sobre os seus representantes e sobre a pessoa natural que de fato atuará no exercício da função. No que tange à designação de funcionários internos à organização, a *Information Comissioner's Office* (ICO)¹⁵ alerta para que tal indicação recaia sobre aqueles cujas atividades sejam compatíveis com as serem desempenhadas pelo DPO e que não acarretem conflito de interesses. Por sua vez, em relação a possibilidade de indicação de DPO a partir de um contrato de serviços, isto é, quanto à contratação de um membro externo à organização, a Autoridade de Proteção de Dados do Reino Unido, destaca que tal contrato pode ser realizado junto a um indivíduo ou uma organização, os quais deverão desempenhar as mesmas atribuições que funcionário nomeado internamente.

Destaca-se que a Autoridade de Proteção de Dados Francesa¹⁶, por meio do *Practical Guide GDPR- Data Protection Officers* comparou as vantagens e desvantagens na designação de uma pessoa interna e externa à organização na função de encarregado.

Tabela 1: Vantagens e desvantagens encarregado interno e externo à organização

	Encarregado interno à organização	Encarregado externo à organização
Vantagens	<ul style="list-style-type: none"> • Conhecimento da estrutura, dos serviços e do negócio realizado pela organização; • Proximidade aos integrantes da organização; • Melhor capacidade de resposta a solicitações internas em matéria de proteção de dados; 	<ul style="list-style-type: none"> • Solução para falta de recursos humanos internos; • Especialização de encarregados; • Conhecimento de melhores práticas para organizações semelhantes.

¹⁴ UNIDAD REGULADORA Y DE CONTROL DE DATOS PERSONALES. Resolución nº 32/2020. Disponible em: <https://www.gub.uy/unidad-reguladora-control-datos-personales/institucional/normativa/resolucion-n-32020>.

¹⁵ INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE. Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR). Disponible em: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-1.pdf>.

¹⁶ COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE & LIBERTÉS. Practical Guide GDPR- Data Protection Officers. Disponible em: https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil-gdpr_practical_guide_data-protection-officers.pdf

	<ul style="list-style-type: none"> • Maior facilidade de planejamento de sua presença em caso de auditoria da Autoridade de Proteção de Dados. 	
Desvantagens	<ul style="list-style-type: none"> • Risco de conflito de interesses caso realize outras funções; • Definição de tempo suficiente para desempenho de função de encarregado; 	<ul style="list-style-type: none"> • Organização de pontos de contato com a alta administração; • Tornar o contato com o encarregado externo simples e fácil assim como se fosse um encarregado interno; • Dificuldade na escolha e garantia de <i>expertise</i>.

Fonte: adaptado de CNIL, 2022.

Registra-se que na China, a *Personal Information Protection Law* (PIPL)¹⁷ determina que os controladores devem designar uma pessoa responsável pela proteção de dados pessoais, que, entre outras atividades, supervisionará o tratamento de dados pessoais realizado pelo controlador.

Atenta-se ao fato de que na Coréia do Sul, a designação de *Privacy Officers*, em se tratando de organizações públicas, deverá recair necessariamente sobre servidores públicos, que atendam aos requisitos previstos em lei.¹⁸

7.2 Alternativas possíveis ao enfrentamento do problema

No que diz respeito à definição e às formas de atuação do encarregado, surgiram duas opções para abordar o assunto. A alternativa "A" sugere que não haja intervenção, ou seja, que o cenário regulatório atual seja mantido. Isso significa manter o que está estabelecido no art. 5º, VIII da LGPD, que se refere apenas à "pessoa" sem especificar se pode ser uma pessoa jurídica ou natural.

¹⁷ NATIONAL PEOPLE'S CONGRESS OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. Personal Information Protection Law of the People's Republic of China. Disponível em: http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/2021-12/29/c_694559.htm

¹⁸ PERSONAL INFORMATION PROTECTION COMMISSION. Enforcement Decree of the Personal Information Act. Disponível em: <https://www.pipc.go.kr/eng/user/lgp/law/lawDetail.do#none>.

Por outro lado, a alternativa "B" propõe a adoção de um modelo regulatório que esclareça a abrangência do termo "pessoa" na definição de encarregado, conforme estabelecido no art. 5º, VIII da LGPD. Isso tornaria explícita a possibilidade de nomear tanto pessoas jurídicas quanto naturais como encarregados para o tratamento de dados pessoais. Além disso, essa opção visa abordar as lacunas identificadas em relação às formas de atuação do encarregado no tratamento de dados pessoais, conforme mencionado no item 2 deste documento

7.3 Impactos regulatórios das alternativas identificadas

7.3.1 Alternativa A – Não ação

O art. 41, §3º da LGPD prevê que a ANPD poderá estabelecer normas complementares sobre, entre outros temas, a definição do encarregado. Observa-se, de antemão, que a opção de não ação é alternativa a ser considerada uma vez que a Lei conferiu tal faculdade à Autoridade, razão pela qual, por meio dessa AIR, analisar-se-ão seus impactos perante os grupos afetados.

Conforme mencionado no item 2 do presente Relatório, desde a publicação da LGPD, o dispositivo relativo à definição do encarregado pelo tratamento de dados pessoais sofreu diversas alterações. Inicialmente havia sido previsto que o encarregado consistiria em uma pessoa natural, termo esse que foi suprimido pela redação da MP nº 869, de 2018, de modo que após a sua aprovação, passou-se a referenciar o encarregado apenas como "pessoa", sem qualificá-la.

Considerando que o Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, considera o termo "pessoa" como gênero, cujas espécies são "pessoas naturais" e "pessoas jurídicas", poder-se-ia interpretar que a supressão do termo "natural" na definição do encarregado pelo tratamento de dados pessoais prevista no art. 5º, VIII da LGPD, ampliaria para a possibilidade de indicação de pessoas jurídicas atuarem como encarregados.

Não obstante o legislador ordinário não tenha explicitado tal intenção de forma clara, em comparação com o RGPD, por exemplo, é possível extraí-la do Relatório da Comissão Mista da MP nº 869, de 2018¹⁹, uma vez que “[...] seria contraproducente supor, em caso de organização de grande porte, que uma única pessoa física seja a responsável pelo atendimento de um grande volume de demandas. Por outro lado, uma pequena empresa poderia terceirizar o seu atendimento em caso de falta de expertise.” De modo a corroborar com tal tese, no referido Relatório, é dito, ainda, que “o art. 5º, em seu inciso VIII, permite que o encarregado seja também pessoa jurídica e não apenas pessoa natural”.

Do ponto de vista dos agentes de tratamento, a opção regulatória de não tomar nenhuma ação pode levar à manutenção de um cenário de incerteza jurídica em relação à definição do encarregado e às suas formas de atuação. Isso ocorre porque o texto legal não esclareceu de maneira inequívoca a possibilidade de que pessoas jurídicas desempenhem essa função, se é viável indicar indivíduos externos à organização para essa posição e se existem circunstâncias que impeçam o exercício dessa função, por exemplo.

Quanto aos titulares, não foram identificados impactos significativos, uma vez que independentemente do encarregado ser uma pessoa física ou jurídica, as atribuições deverão ser exercidas com igual zelo, notadamente quanto ao atendimento de suas solicitações. Em uma hipótese em que a pessoa natural fosse o encarregado, poder-se-ia causar impacto no atendimento das demandas, considerando o elevado volume, mas obviamente o agente de tratamento pode instituir equipes que apoiem o encarregado em suas atividades.

Em relação aos encarregados, a manutenção do atual cenário regulatório pode dificultar a sua atuação, na medida em que não há clareza suficiente sobre as formas de prestação do serviço em questão. Ressalta-se que ausência de clareza quanto ao alcance do termo “pessoa”, pode restringir o cenário de atuação profissional para pessoas

¹⁹ SENADO FEDERAL. Comissão Mista Destinada a Emitir Parecer sobre a Medida Provisória Nº 869, de 28 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7945369&ts=1630433098252&disposition=inline>.

jurídicas, de modo a possibilitar uma maior concentração de prestadores de serviços, redução de concorrência no mercado.

Nesse sentido, a alternativa regulatória de não ação poderia contribuir para a manutenção de um cenário de incerteza jurídica, principalmente, considerando que a maioria dos cidadãos desconhecem o histórico legislativo que culminou na redação final da LGPD, uma vez que à luz de uma interpretação literal, poder-se-ia dar margem à interpretação mais restritiva, no sentido de que apenas pessoas naturais seriam passíveis do exercício da função de encarregado.

Tabela 2: Resumo análise risco-benefício da alternativa A

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Insegurança com relação à definição de encarregado.	Não foram identificados benefícios.
Encarregado	Ausência de informações sobre as formas de atuação.	Não foram identificados benefícios.
Titulares	Não foram identificados riscos.	Não foram identificados benefícios.
ANPD	Não foram identificados riscos.	Não foram identificados benefícios.

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

7.3.2 Alternativa B - Adoção de modelo regulatório que defina expressamente a possibilidade de indicação de encarregado pessoa jurídica e esclareça aspectos sobre sua forma de atuação

No Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado, publicado pela ANPD²⁰, restou indicado que “considerando as boas práticas internacionais, o encarregado poderá ser tanto um funcionário da instituição quanto um agente externo, de natureza física ou jurídica.

Em que pese o tema em questão tenha sido tangenciado no referido Guia, recorda-se que se trata de modelo não normativo, do tipo *soft law*.

²⁰ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado - versão 2.0. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia-agentes-de-tratamento-e-encarregado-defeso-eleitoral.pdf>

Em virtude da necessidade de maiores contornos acerca da definição de encarregado pelo tratamento de dados pessoais, de modo a explicitar o alcance do termo “pessoa” previsto no art. 5º, VIII da LGPD, considerando o histórico legislativo até a aprovação da LGPD, a alternativa que considera a adoção de modelo regulatório que defina expressamente a possibilidade de indicação de encarregado pessoa jurídica demonstra-se pertinente para que haja maior clareza do texto da Lei.

Ademais, a adoção de tal modelo regulatório contribui com a consecução dos princípios do desenvolvimento econômico e tecnológico, bem como da livre iniciativa e da livre concorrência, insculpidos no art. 2º V e VI da LGPD, na medida em que torna clara a possibilidade de que pessoas jurídicas possam exercer tal função, ampliando, assim, a oferta de prestadores de serviços e, possivelmente, reduzindo os custos de contratação para aqueles agentes de tratamento de pequeno porte, que ainda que dispensados do dever de indicação pretendam fazê-lo.

Quanto aos agentes de tratamento, a adoção de uma alternativa normativa no sentido de possibilitar expressamente o exercício da função de encarregado por pessoas naturais e jurídicas e que esclareça aspectos de sua forma de atuação, pode ampliar as possibilidades de indicação por parte dos agentes de tratamento, de modo a oportunizar a indicação de colaborador interno, bem como a contratação de pessoas externas, para atuarem como encarregado pelo tratamento de dados pessoais. A medida em questão pode igualmente beneficiar os agentes de tratamento, considerando que a terceirização da função do encarregado pode se revelar recomendável para aqueles agentes de tratamento que não possuam em seu quadro de funcionários pessoa com *expertise* para tanto. Além disso, é possível que haja redução no custo de contratação de prestadores de serviço que queiram atuar como encarregados, considerando maior oferta de mão de obra qualificada, seja de pessoa natural, seja de pessoa jurídica.

Contudo, em se tratando de Administração Pública a terceirização da atividade deve ser vista com cautela devido ao papel estratégico a ela atribuído pela legislação, conforme alertado pelo Tribunal de Contas da União.²¹

Em relação aos encarregados, ampliam-se as possibilidades de atuação, seja como pessoa natural seja como pessoa jurídica e confere-se maior clareza quanto aspectos concernentes a sua atuação.

Para os titulares de dados pessoais, não foram identificados impactos significativos, uma vez que independentemente do encarregado ser uma pessoa física ou jurídica, ou da melhor definição de aspectos quanto a forma de sua atuação, as atribuições deverão ser exercidas com igual zelo, notadamente quanto ao atendimento das solicitações dos titulares.

Tabela 3: Resumo análise risco-benefício da alternativa B

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Não foram identificados riscos.	Maior clareza ao texto da Lei, ampliação de possibilidades para indicação, de modo a oportunizar a indicação de colaborador interno dos agentes de tratamento, bem como a contratação de pessoas externas, físicas ou jurídicas, para atuarem como encarregado pelo tratamento de dados pessoais; Possibilidade de redução no custo de contratação de prestadores de serviço que queiram atuar como encarregados, considerando maior oferta de mão de obra qualificada, seja de pessoa natural, seja de pessoa jurídica.
Encarregado	Possibilidade de redução do valor de contratação, considerando a maior oferta de mão de obra qualificada, seja de pessoa natural, seja de pessoa jurídica.	Ampliação de possibilidades de atuação, seja como pessoa natural seja como pessoa jurídica. Maior clareza quanto aspectos concernentes a sua atuação.

²¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório TC 039.606/2020-1. Disponível em:

https://portal.tcu.gov.br/data/files/B4/25/78/27/D9C818102DFE0FF7F18818A8/038.172-2019-4-AN%20-%20auditoria_Lei%20Geral%20de%20Protecao%20de%20Dados.pdf.

Titulares	Não foram identificados riscos.	Não foram identificados benefícios.
ANPD	Não foram identificados riscos.	Maior segurança jurídica na atuação regulatória

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

7.4 Comparação das Alternativas Consideradas

Tabela 4: Comparação entre as alternativas

Critério	Alternativa A	Alternativa B
Impacto aos agentes de tratamento	<p>Contribui para a manutenção de um cenário de incerteza jurídica, o qual pode dar margem ao entendimento de que pessoas jurídicas não podem ser contratadas para o desempenho da função de encarregado.</p>	<p>Contribui para conferir maior clareza ao texto da Lei, ampliando a possibilidades para indicação, de modo a oportunizar a indicação de colaborador interno dos agentes de tratamento, bem como a contratação de pessoas externas, físicas ou jurídicas, para atuarem como encarregado pelo tratamento de dados pessoais.</p> <p>Possibilidade de redução no custo de contratação de prestadores de serviço, considerando maior oferta de mão de obra, seja de pessoa natural, seja de pessoa jurídica.</p> <p>Maior clareza e segurança jurídica na contratação de encarregados por agentes de tratamento do poder público</p>
Impacto aos titulares	<p>Não foram identificados impactos significativos, uma vez que independentemente da forma de atuação, o encarregado deverá atuar com zelo e dedicação como canal de comunicação entre o agente de tratamento, o titular e a ANPD.</p>	<p>Não foram identificados impactos significativos, uma vez que independentemente da forma de atuação, o encarregado deverá atuar com zelo e dedicação como canal de comunicação entre o agente de tratamento, o titular e a ANPD.</p>
Impacto aos encarregados	<p>A ausência de clareza quanto ao alcance do termo “pessoa”, pode restringir o cenário de atuação profissional para pessoas jurídicas, de modo a possibilitar uma maior concentração de prestadores de</p>	<p>Possibilita diferentes formas de atuação profissional, e, aumento da concorrência em razão de um maior número de prestadores de serviço no mercado</p>

	serviços e redução de concorrência no mercado.	
Impacto à ANPD	Não foram identificados riscos.	Maior segurança jurídica na atuação regulatória

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

7.5 Modelo Escolhido e Justificativa

Considerando as alternativas apresentadas e os impactos acima elencados para cada um dos grupos afetados, verificou-se que a alternativa B é a mais adequada para endereçar o tema, considerando que é capaz de conferir maior clareza ao texto da Lei, de modo a sanar cenário de incerteza quanto ao alcance do termo “pessoa”, previsto na definição do encarregado, constante do art. 5º, VIII da LGPD, a fim de restar cristalina a intenção do legislador ordinário, quanto à possibilidade de se estender a designação da função de encarregado pelo tratamento de dados pessoais a pessoas jurídicas, além de possibilitar o endereçamento de outros aspectos concernentes à atuação do encarregado, de modo a sanar dúvidas recorrentes da sociedade quanto ao desempenho dessa função.

8 TEMA 2 – CONHECIMENTOS DESEJÁVEIS PARA EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE ENCARREGADO

8.1 Experiência Internacional

Os artigos 37 a 39 do Regulamento Europeu de Proteção de Dados (RGPD)²² regulamentam disposições gerais acerca do encarregado pelo tratamento de dados pessoais, entre as quais sobre a indicação, a posição e as atribuições. Relativamente aos requisitos profissionais desejáveis para o exercício da função de encarregado, dispõe que:

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, bem como na sua capacidade para desempenhar as funções referidas no artigo 39.

²² PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 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/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1694179000296>

Assim, o RGPD determina que a indicação do encarregado deva observar as 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 inerentes à função.

Ainda quanto ao nível de conhecimento, no considerando 97 do RGPD, é previsto que deverá ser determinado, em particular, em função do tratamento de dados realizado e da proteção exigida para os dados pessoais tratados pelo controlador ou pelo operador. Assim, os encarregados deverão possuir condições de desempenhar as suas funções e atribuições com independência.

Na mesma linha, o *Working Party 29 (WP29)* publicou, em 2017, o *Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs')*²³, no sentido que seria recomendável que o encarregado detivesse conhecimento no setor de atuação da organização do controlador, além de sistemas da informação. Além disso, citou como características pessoais desejáveis a eticidade e a integridade.

Quanto a esse ponto, a *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)* em seu guia *Practical Guide GDPR - Data Protection Officers*²⁴ elenca, ainda, serem desejáveis habilidades de comunicação e convencimento.

Vale destacar que, desde 2018 a CNIL realiza a acreditação de certificadores²⁵ a partir de seu sistema de referência. A certificação, válida por 3 anos, pode ser realizada após 2 anos de experiência na área de proteção de dados ou após 2 anos em qualquer outra área e no mínimo 35h de curso sobre o assunto.

Na Irlanda, por meio do *Guidance on Appropriate Qualifications for a Data Protection Officer (GDPR)*²⁶, sinaliza-se como relevante que o encarregado possua conhecimento acerca de leis nacionais e europeias de proteção de dados, incluindo uma profunda compreensão do RGPD; conhecimento das operações de tratamento realizadas; conhecimento de tecnologias da informação e segurança de dados;

²³ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs').

Disponível em: https://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?doc_id=44100

²⁴ COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE & LIBERTÉS. Practical Guide GDPR - Data Protection Officers. Disponível em: https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/atoms/files/cnil-gdpr_practical_guide_data-protection-officers.pdf

²⁵ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS. La certification des compétences du délégué à la protection des données. Disponível em: <https://www.cnil.fr/fr/la-certification-des-competences-du-delegue-la-protection-des-donnees>.

²⁶ DATA PROTECTION COMMISSION. Guidance on Appropriate Qualifications for a Data Protection Officer (GDPR). Disponível em: <https://www.dataprotection.ie/sites/default/files/uploads/2019-07/190708%20Guidance%20on%20Appropriate%20Qualifications%20for%20a%20Data%20Protection%20Officer%20%28GDPR%29.pdf>.

conhecimento do setor empresarial e da organização e capacidade de promover uma cultura de proteção de dados dentro da organização.

Ainda em relação aos conhecimentos desejáveis que o encarregado deva possuir, a Autoridade Uruguaia, *Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP)*²⁷ requer que os encarregados sejam profissionais da área jurídica ou com conhecimento em Direito com ênfase em direitos humanos, e conhecimento de regulação no campo da proteção de dados pessoais. Além disso, determina que caso haja o tratamento de dados sensíveis, que o encarregado deva possuir conhecimentos ou experiência na área de “negócio” da instituição e conhecimentos em segurança da informação.

Em Singapura²⁸, recomenda-se que o encarregado possua conhecimento em: gerenciamento de proteção de dados; gerenciamento de riscos empresariais; gestão de incidentes de segurança; gestão de *stakeholders* e governança de dados. A depender das necessidades do agente de tratamento, sugere-se, ainda, que o encarregado possua conhecimento a respeito de auditoria e *compliance*; eticidade dos dados; uso compartilhado de dados e *design thinking*. De modo a orientar os profissionais no aprimoramento de suas competências, bem como para proporcionar às organizações uma melhor compreensão das funções de um encarregado, a PDPC publicou um *Framework*, que inclui um mapa de treinamento, com o objetivo de que os encarregados possam identificar os cursos necessários para ajudá-los a alcançar o nível desejável de proficiência.

Por sua vez, há países que não explicitam em suas Leis de Proteção de Dados quais os conhecimentos considerados desejáveis para o desempenho da função de encarregado, a exemplo da África do Sul, Coréia do Sul, Canadá e México.

8.2 Alternativas possíveis ao enfrentamento do problema

²⁷UNIDAD REGULADORA Y DE CONTROL DE DATOS PERSONALES. Resolución nº 32/020. Disponible em: <https://www.gub.uy/unidad-reguladora-control-datos-personales/institucional/normativa/resolucion-n-32020>.

²⁸ PERSONAL DATA PROTECTION COMISSION SINGAPORE. DPO Competency Framework and Training Roadmap. Disponible em: <https://www.pdpc.gov.sg/Help-and-Resources/2020/03/DPO-Competency-Framework-and-Training-Roadmap>.

Em relação ao tema conhecimentos desejáveis, foram identificadas três opções para o endereçamento do tema. A alternativa “A” propõe que não haja intervenção, de modo que seja mantido o cenário regulatório atual. Por outro lado, alternativa “B” recomenda a adoção de solução não normativa, baseada em guia de orientação de boas práticas, enquanto a alternativa “C”, considera a adoção de solução normativa, na qual sejam considerados conhecimentos desejáveis para o desempenho da função de encarregado pelo tratamento de dados pessoais.

8.2.1 Alternativa A: Não ação

A alternativa “A” contempla a opção de não ação no estabelecimento de regras de comportamento dos regulados.

Atenta-se que ainda que a LGPD não tenha previsto conhecimentos desejáveis para o exercício da função de encarregado, a ANPD por meio do Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento e do Encarregado²⁹ destacou que eles devem ser definidos mediante um juízo de valor realizado pelo controlador que o indicar, considerando os conhecimentos de proteção de dados e segurança da informação em nível que atenda às necessidades das operações de tratamento de dados pessoais da organização.

No que tange aos agentes de tratamento, a manutenção do cenário regulatório atual, no qual não constam orientações a respeito dos conhecimentos desejáveis para o desempenho da função de encarregado, acaba por fomentar incertezas quanto ao perfil profissional ideal a ser indicado para ocupar a função.

Como bem endereçado no âmbito da Tomada de Subsídios, houve contribuição que sinalizou no sentido de que caso não houver uma definição mínima a respeito dos conhecimentos desejáveis e/ou da qualificação profissional que o encarregado deva possuir, corre-se o risco de que as obrigações previstas na LGPD não sejam interpretadas

²⁹ AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Guia Orientativo para Definição dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado. Disponível em: https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/guia_agentes_de_tratamento_e_encarregado_defeso_eleitoral.pdf

corretamente e os agentes de tratamento sejam expostos a riscos de descumprimento legal.

Para os encarregados, igualmente, a ausência de maiores orientações quanto aos conhecimentos desejáveis acaba por fomentar um cenário de incertezas quanto ao perfil profissional desejável para o desempenho da função, dificultando a qualificação daqueles que pretendem vir a desempenhar a função.

Em relação aos titulares, não foram identificados riscos, tampouco benefícios.

Tabela 5: Resumo análise risco-benefício da alternativa A

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Fomenta um cenário de incertezas quanto ao perfil profissional desejável para o desempenho da função, dificultando a escolha por parte do agente de tratamento.	Maior liberdade do agente de tratamento na seleção de pessoa para ser indicada para o desempenho da função.
Encarregado	Fomentar um cenário de incertezas quanto ao perfil profissional desejável para o desempenho da função, dificultando a qualificação daqueles que pretendem vir a desempenhar a função Possibilidade de criar cenário de precarização da atuação ou da prestação de serviço do Encarregado	Possibilidade de maior geração de oportunidades no que se refere à função do Encarregado.
Titulares	Possibilidade de criar cenário de baixa qualidade no atendimento das demandas do titular de dados.	Não foram identificados benefícios.
ANPD	Possibilidade de criar cenário de baixa qualidade na relação com a ANPD	Não foram identificados benefícios.

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

8.2.2 Alternativa B: Adoção de solução não normativa, baseada em guia de orientação de boas práticas

A alternativa B fundamenta-se na abordagem orientativa com a publicação de guia de boas práticas.

Considerando que as atribuições do encarregado não foram definidas de forma exaustiva na LGPD, permitindo, inclusive, que o controlador determine outras para além daquelas disciplinadas no art. 41, §2º da Lei, a adoção de um modelo regulatório baseado em guia de orientação, ao não instituir recomendações de forma vinculativa, possibilitaria que sejam recomendadas diferentes qualificações profissionais desejáveis para o desempenho da função do encarregado, as quais a depender das atribuições definidas pelo controlador poderão variar de controlador para controlador.

Tabela 6: Resumo análise risco-benefício da alternativa B

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Não foram identificados riscos.	Possibilita a recomendação de conhecimentos desejáveis, de modo a auxiliar os agentes de tratamento na escolha da pessoa a ser indicada. Maior flexibilidade na contratação do Encarregado
Encarregado	Não foram identificados riscos.	Possibilita maior clareza quanto às qualificações profissionais desejáveis, de modo aquele que pretende vir a desempenhar a função possa qualificar-se em determinadas áreas do conhecimento e desempenhar com maior efetividade a função.
Titulares	Não foram identificados riscos.	Possibilidade de melhoria na qualidade de atendimento das demandas dos titulares
ANPD		Possibilidade de melhoria da qualidade de atendimento das demandas da ANPD

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

8.2.3 Alternativa C: adoção de solução normativa, na qual sejam considerados conhecimentos desejáveis para o desempenho da função de encarregado

A alternativa C, considera solução normativa, na qual sejam considerados conhecimentos desejáveis para o desempenho da função de encarregado.

Quanto a essa opção, como mencionado anteriormente, à época da edição da MP nº 869/2018, houve veto quanto ao dispositivo que previa que o encarregado fosse

detentor de conhecimento jurídico regulatório, uma vez que contrariaria o interesse público, na medida em que se constituiria em uma exigência com rigor excessivo que se refletiria na interferência desnecessária por parte do Estado na discricionariedade para a seleção dos quadros do setor produtivo, bem como ofenderia o direito fundamental, previsto no art. 5º, XIII da Constituição da República, por restringir o livre exercício profissional a ponto de atingir seu núcleo essencial.³⁰

Nessa linha, houve contribuições na Tomada de Subsídios ora realizada, bem como no Relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Proteção de Dados, no sentido de que quanto mais prescritiva e restritiva for a norma, mais difícil será para as instituições, públicas e privadas, implementarem a atividade do encarregado, considerando as especificidades da organização. Atentou-se, ainda, que eventuais critérios para designação do encarregado deveriam ser genéricos e amplos, previstos de forma principiológica e como recomendação.

Além disso, quanto aos agentes de tratamento, entende-se que caso a norma seja prescritiva poderá impactar no valor de contratação de profissional, considerando a exigência de conhecimentos e/ou qualificações. Por sua vez, poderá sinalizar conhecimentos desejáveis, de modo a auxiliar os agentes de tratamento na escolha da pessoa a ser indicada.

Em relação aos encarregados, a edição de norma que trouxesse de forma expressa quais qualificações e conhecimentos desejáveis para o desempenho da função, poderia possibilitar maior clareza, de modo aquele que pretende vir a desempenhar a função pudesse qualificar-se em determinadas áreas do conhecimento e desempenhar com maior efetividade tal função. Consequentemente, poderia ocorrer maior especialização no desempenho da função.

Quanto aos titulares não foram identificados riscos, tampouco benefícios.

Tabela 7: Resumo análise risco-benefício da alternativa C

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
---------------	--------	------------

³⁰ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem nº 288, de 8 de julho de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-288.htm

Agentes de tratamento	<p>Se prescritiva e restritiva for a norma, mais difícil será para as instituições, públicas e privadas, implementarem a atividade do encarregado, considerando especificidades da organização.</p> <p>Se prescritiva a norma, pode impactar no valor de contratação de profissional, considerando a exigência de conhecimentos e/ou qualificações.</p>	<p>Possibilita a recomendação de conhecimentos desejáveis, de modo a auxiliar os agentes de tratamento na escolha da pessoa a ser indicada.</p>
Encarregado	<p>Possibilidade de redução da oferta de contratos de Encarregado por parte dos agentes de tratamento.</p>	<p>Possibilita maior clareza quanto às qualificações profissionais desejáveis, de modo aquele que pretende vir a desempenhar a função possa qualificar-se em determinadas áreas do conhecimento e desempenhar com maior efetividade a função.</p> <p>Possibilita maior especialização no desempenho da função.</p>
Titulares	<p>Não foram identificados riscos.</p>	<p>Possibilidade de melhoria na qualidade de atendimento das demandas dos titulares</p>
ANPD	<p>Adoção de modelo regulatório mais rígido com base em poucas evidências da real necessidade do modelo.</p> <p>Maior complexidade operacional de fiscalização do cumprimento da obrigação regulatória</p>	<p>Possibilidade de melhoria da qualidade de atendimento das demandas da ANPD</p>

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

8.3 Comparação Das Alternativas Consideradas

Tabela 8: Comparação entre as alternativas

Críterio	Alternativa A	Alternativa B	Alternativa C

Impacto aos agentes de tratamento	<p>Fomenta um cenário de incertezas quanto ao perfil profissional desejável para o desempenho da função, dificultando a escolha por parte do agente de tratamento.</p>	<p>Possibilita a recomendação de conhecimentos desejáveis, de modo a auxiliar os agentes de tratamento na escolha da pessoa a ser indicada.</p> <p>Maior flexibilidade na contratação do Encarregado</p>	<p>Possibilita a recomendação de conhecimentos desejáveis, de modo a auxiliar os agentes de tratamento na escolha da pessoa a ser indicada.</p> <p>Se prescritiva e restritiva for a norma, mais difícil será para as instituições, públicas e privadas, implementarem a atividade do encarregado, considerando especificidades da organização.</p> <p>Se prescritiva a norma, pode impactar no valor de contratação de profissional, considerando a exigência de conhecimentos e/ou qualificações.</p>
Impacto aos titulares	<p>Possibilidade de criar cenário de baixa qualidade no atendimento das demandas do titular de dados.</p>	<p>Possibilidade de melhoria na qualidade de atendimento das demandas dos titulares</p>	<p>Possibilidade de melhoria na qualidade de atendimento das demandas dos titulares</p>
Impacto aos encarregados	<p>Fomenta um cenário de incertezas quanto ao perfil profissional desejável para o desempenho da função, dificultando a qualificação daqueles que pretendem vir a desempenhar a função.</p>	<p>Possibilita maior clareza quanto às qualificações profissionais desejáveis, de modo aquele que pretende vir a desempenhar a função possa qualificar-se em determinadas áreas do conhecimento e desempenhar com maior efetividade a função.</p>	<p>Possibilita maior clareza quanto às qualificações profissionais desejáveis, de modo aquele que pretende vir a desempenhar a função possa qualificar-se em determinadas áreas do conhecimento e desempenhar com maior efetividade a função.</p> <p>Possibilita maior especialização no desempenho da função</p>

Impacto à ANPD	Maior insegurança jurídica e regulatória na atuação da ANPD	Possibilita maior flexibilidade de atuação regulatória da ANPD	Adoção de modelo regulatório mais rígido bom base em poucas evidências da real necessidade do modelo. Maior complexidade operacional de fiscalização do cumprimento da obrigação regulatória
-----------------------	---	--	---

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

8.5 Modelo Escolhido e Justificativa

Considerando as alternativas apresentadas e os impactos acima elencados para cada um dos grupos afetados, a alternativa B demonstra-se ser a mais adequada para endereçar o tema, uma vez que em comparação com as demais alternativas, enseja menor risco aos agentes de tratamento, aos titulares e aos próprios encarregados.

Não obstante tal opção, a alternativa C, poderia ser igualmente endereçada, caso não tenha caráter prescritivo e restritivo, e sim, recomendativo, no sentido de limitar a recomendações, considerando o caráter infralegal do normativo a ser futuramente expedido, em observância ao art. 5º, XIII da Constituição Federal da República de 1988.

9 TEMA 3 - ATRIBUIÇÕES DO ENCARREGADO

9.1 Experiência Internacional

No tocante às atribuições, o art. 39 do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu³¹ prevê como atribuições mínimas do encarregado:

³¹ PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 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/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1694179000296>

- a. Informar e aconselhar o controlador ou o operador, bem como os funcionários que tratem os dados, a respeito das suas obrigações nos termos do presente regulamento e de outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros
- b. Controlar a conformidade com o presente regulamento, com outras disposições de proteção de dados da União ou dos Estados-Membros e com as políticas do controlador ou do operador à proteção de dados pessoais, incluindo a repartição de responsabilidades, a sensibilização e formação do pessoal implicado nas operações de tratamento de dados, e as auditorias correspondentes;
- c. Prestar aconselhamento, quando tal lhe for solicitado, no que respeita à avaliação de impacto sobre a proteção de dados e controlar a sua realização nos termos do artigo 35;
- d. Cooperar com a autoridade;
- e. Atuar como ponto de contato para a autoridade sobre questões relacionadas com o tratamento, incluindo a consulta prévia a que se refere o artigo 36, e consulta, sendo caso disso, esta autoridade sobre qualquer outro assunto.

Na África do Sul, denominado como *Information Officer pela Protection of Personal Information Act (POPIA)*³² o encarregado possui atribuições de encorajar e garantir a *conformidade*, pela organização e pelas condições para o processamento legal de dados pessoais³³. Além disso, o *Information Officer* é a ponte de contato entre os titulares, a autoridade reguladora e a organização³⁴.

Além disso, os *Information Officers* são registrados perante a autoridade reguladora.

Por sua vez, no Canadá, a "Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)"³⁵ que regulamenta os dados tratados pelas empresas do setor privado, na descrição do seu princípio de *accountability*, exige a indicação de um ou mais indivíduos para responder pelo *compliance* por toda a organização³⁶, em relação aos princípios da norma. A PIPEDA não designa outras atribuições expressamente, assim como não há informações adicionais fornecidas pela autoridade canadense.

³² REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. Protection of Personal Information Act. Disponível em: https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/3706726-11act4of2013protectionofpersonalinfoincorrect.pdf

³³ Protection of Personal Information Act 55 (1) (a) (d).

³⁴ Protection of Personal Information Act 55 (1) (b) (c).

³⁵ GOVERNMENT OF CANADA. Personal Information Protection and Electronic Documents Act Disponível em: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/P-8.6/page-7.html#h-417659>.

³⁶ *Ibidem*.

A identificação desse indivíduo (ou grupo) deverá ser disponibilizada mediante requerimento³⁷. Por isso, também se conclui que outra atribuição é a de atuar como o ponto de contato para os titulares e as empresas.

Na Coréia do Sul, a *Personal Information Protection Act*³⁸, denomina a figura do encarregado pelo tratamento de dados pessoais como *Privacy Officer* e lhe atribui as seguintes funções:

- a. Estabelecer e implementar um plano de proteção de informações pessoais;
- b. Realizar um levantamento regular do status e práticas de processamento de dados pessoais e melhorar as deficiências;
- c. Tratar reclamações e implementar medidas para solucionar problemas relacionados ao tratamento de dados pessoais;
- d. Estabelecer sistemas de controle interno para evitar a divulgação, abuso e uso indevido de dados pessoais;
- e. Preparar e implementar um programa de educação sobre proteção de dados pessoais;
- f. Supervisionar, proteger e gerenciar os arquivos de dados pessoais;
- g. Outras funções prescritas por Decreto Presidencial para o adequado processamento de dados pessoais;

Na China, a Lei de Proteção de Informações Pessoais (PIPL)³⁹, aprovada em 2021, exige que as empresas nomeiem um encarregado pelo tratamento de dados pessoais que tenha *expertise* em gerenciamento e proteção de dados. O encarregado na China deve ter conhecimentos em gestão e proteção de dados. De acordo com o PIPL, dentre suas funções estão a de supervisionar as atividades de tratamento de dados pessoais do agente de tratamento, bem como as medidas de proteção adotadas.

Em Singapura, a *Personal Data Protection Comission Singapore* (PDPC)⁴⁰, autoridade sobre proteção de dados pessoais de Singapura, informa que as organizações devem designar pelo menos um indivíduo como oficial de proteção de dados para supervisionar as responsabilidades de proteção de dados e garantir a

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE. Personal Information Protection Act. Disponível em: https://elaw.klri.re.kr/eng_service/lawView.do?hseq=53044&lang=ENG

³⁹ THE NATIONAL PEOPLE'S CONGRESS OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA. Personal Information Protection Law of the People's Republic of China. Disponível em: http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/2021-12/29/c_694559_3.htm

⁴⁰ PERSONAL DATA PROTECTION COMMISSION SINGAPORE. Data Protection Officers. Disponível em: <https://www.pdpc.gov.sg/Overview-of-PDPA/Data-Protection/Business-Owner/Data-Protection-Officers>.

conformidade com a *Personal Data Protection Act (PDPA)*. Outras funções descritas na PDPA são:

- i) Garantir a conformidade com o DPPA ao desenvolver e implementar políticas e processos para lidar com dados pessoais;
- ii) Promover uma cultura de proteção de dados entre os funcionários e comunicar políticas de proteção de dados pessoais às partes interessadas;
- iii) Gerenciamento de consultas e reclamações relacionadas à proteção de dados pessoais;
- iv) Alertar a gerência sobre quaisquer riscos que possam surgir em relação aos dados pessoais; e
- vi) Estabelecer contato com o PDPC em questões de proteção de dados, se necessário.

9.3 OPÇÕES REGULATÓRIAS

Em relação ao tema atribuições, foram identificadas duas opções para endereçamento do tema. A alternativa “A” propõe que não haja intervenção, mantendo-se o cenário regulatório atual. Por outro lado, alternativa “B” consistiria na adoção de ação normativa que contemplasse outras atribuições passíveis de serem endereçadas ao encarregado. Já a alternativa “C”, considera a elaboração de um guia com a proposição de possíveis atribuições de forma não vinculativa.

9.3.1 Alternativa A – Não ação

Em que pese a LGPD em seu art. 41, §2º, tenha previsto expressamente algumas atribuições ao encarregado, as quais consistem em: aceitar reclamações e comunicações dos titulares; prestar esclarecimentos e adotar providências; receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais e executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares, o art. 41, §3º da Lei dispõe que a ANPD poderá estabelecer normas complementares sobre, entre outros temas, as atribuições do encarregado.

Observa-se, de antemão, que a opção de não ação é alternativa a ser considerada uma vez que a LGPD conferiu tal faculdade à Autoridade, razão pela qual, por meio dessa AIR, analisar-se-ão seus impactos perante os grupos afetados.

Considerando que as atribuições mínimas previstas no art. 41, §2º podem se revelar insuficientes para os agentes de tratamento que realizem tratamento de alto risco, o escalonamento de atribuições determinadas ao encarregado pode se revelar medida necessária.

Tabela 9: Resumo análise risco-benefício da alternativa A

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Atribuições mínimas previstas no art. 41, §2º podem se revelar insuficientes para os agentes de tratamento que realizem tratamento de alto risco, o escalonamento de atribuições determinadas ao encarregado pode se revelar medida necessária.	Maior flexibilidade de determinações de atribuições.
Encarregado	Ausência de contornos claros acerca de quais outras atribuições seriam passíveis de direcionamento ao encarregado.	Não foram identificados benefícios.
Titulares	Não foram identificados riscos.	Não foram identificados benefícios.
ANPD	Maior insegurança jurídica e regulatória de atuação da ANPD	Maior flexibilidade do modelo regulatório

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

9.3.2 Alternativa B - Adoção de modelo normativo com previsão de rol exemplificativo de outras atribuições

Ainda que a LGPD confira a possibilidade de que a ANPD venha a dispor acerca de outras atribuições ao encarregado para além daquelas previstas no art. 41, §2º, da Lei, poderia se supor que à medida que houver uma ampliação de atribuições, e, consequentemente, tarefas, a pessoa que desempenhará tal função possivelmente necessitará de maior especialização e em contrapartida, haverá um incremento de dispêndio financeiro para o agente de tratamento.

A eventual previsão de um rol exemplificativo que elenque outras atribuições a serem desempenhadas pelo encarregado poderia auxiliar o agente de tratamento na fixação de outras atividades ao encarregado, conferindo maior segurança jurídica àquelas pessoas que buscam desempenhar a função, uma vez que as conheceriam de antemão.

Não obstante exista previsão de que o controlador possa determinar outras atribuições para além daquelas previstas em norma complementar pela Autoridade, revela-se salutar que se busque trazer contornos mais claros quanto a outras possíveis atuações do encarregado, a fim de que não haja colisão entre essas e as competências inerentes aos controladores, por exemplo.

Tabela 10: Resumo análise risco-benefício da alternativa B

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Possibilidade de oneração da função do encarregado. Maior rigidez na definição de atribuição do encarregado	Auxílio na fixação de atribuições a partir de previsão de rol exemplificativo de possíveis atribuições a serem endereçadas ao encarregado.
Encarregado	Necessidade do desenvolvimento de novas competências e habilidades	Maior previsibilidade quanto a outras possíveis atividades a serem desempenhadas. Maior segurança jurídica de atuação do Encarregado
Titulares	Não foram identificados riscos.	Não foram identificados benefícios.
ANPD	Menor flexibilidade do modelo regulatório	Maior segurança jurídica e regulatória de atuação da ANPD

Fonte: elaboração própria

9.3.2 Alternativa C - Adoção de modelo não normativo com orientação das atribuições

A alternativa C fundamenta-se na abordagem orientativa com a publicação de guia de boas práticas.

Considerando que as atribuições do encarregado não foram definidas de forma exaustiva na LGPD, permitindo, inclusive, que o controlador determine outras para além daquelas disciplinadas no art. 41, §2º da Lei, a adoção de um modelo regulatório baseado em guia de orientação, ao não instituir recomendações de forma vinculativa, possibilitaria que sejam recomendadas diferentes qualificações profissionais desejáveis para o desempenho da função do encarregado, as quais a depender das atribuições definidas pelo controlador poderão variar de controlador para controlador.

Tabela 11: Resumo análise risco-benefício da alternativa C

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Atribuições legais previstas no art. 41 podem ser insuficientes para o desempenho das atividades do Encarregado	Modelo com menor rigidez na atribuição das competências ao Encarregado
Encarregado	Maior insegurança jurídica de atuação do Encarregado	Não foram identificados benefícios.
Titulares	Não foram identificados riscos.	Não foram identificados benefícios.
ANPD	Maior insegurança jurídica e regulatória de atuação da ANPD	Maior flexibilidade do modelo regulatório

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

9.4 COMPARAÇÃO DAS ALTERNATIVAS CONSIDERADAS

Tabela 12: Comparação entre as alternativas

Critério	Alternativa A	Alternativa B	Alternativa C
Impacto aos agentes de tratamento	Atribuições mínimas previstas no art. 41, §2º podem se revelar insuficientes para os agentes de tratamento que realizem tratamento de alto risco, o escalonamento de atribuições determinadas ao encarregado pode se revelar medida necessária.	Possibilidade de oneração da função do encarregado. Auxílio na fixação de atribuições a partir de previsão de rol exemplificativo de possíveis atribuições a serem endereçadas ao encarregado.	Atribuições legais previstas no art. 41 podem ser insuficientes para o desempenho das atividades do Encarregado Modelo com menor rigidez na atribuição das competências ao Encarregado
Impacto aos titulares	Não foram identificados impactos significativos.	Não foram identificados impactos significativos.	Não foram identificados impactos significativos.

Impacto aos encarregados	Ausência de contornos claros acerca de quais outras atribuições seriam passíveis de direcionamento ao encarregado.	Necessidade do desenvolvimento de novas competências e habilidades Maior segurança jurídica, tendo em vista a previsibilidade de outras atribuições.	Maior insegurança jurídica de atuação do Encarregado
Impacto à ANPD	Maior insegurança jurídica e regulatória de atuação da ANPD	Maior segurança jurídica e regulatória de atuação da ANPD	Maior insegurança jurídica e regulatória de atuação da ANPD

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

9.5 MODELO ESCOLHIDO E JUSTIFICATIVA

Em que pese a ampliação de atribuições do encarregado, possa provocar um aumento da especialização da função, e consequentemente, uma maior onerosidade ao agente de tratamento, a LGPD conferiu a possibilidade que os controladores o fizessem de igual forma. Nesse sentido, entende-se que a via regulatória pode-se revelar medida pertinente a fim de endereçar quais seriam essas outras possíveis atribuições de modo a conferir maior previsibilidade e segurança jurídica aos regulados.

Assim, opta-se pela adoção da alternativa “B” para o presente problema regulatório.

10 TEMA 4 - HIPÓTESES DE DISPENSA DE INDICAÇÃO DO ENCARREGADO

10.1 Experiência Internacional

O Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD)⁴¹, prevê em seu art. 37 as hipóteses em que há a necessidade de designação de encarregado:

⁴¹ PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. 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/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&qid=1694179000296>

1. O controlador e o operador deverão designar um encarregado da proteção de dados sempre que:
 - a) O tratamento for efetuado por uma autoridade ou um organismo público, excetuando os tribunais no exercício da sua função jurisdicional;
 - b) As atividades principais do controlador ou do operador consistam em operações de tratamento que, devido à sua natureza, âmbito e/ou finalidade, exijam um controle regular e sistemático dos titulares dos dados em grande escala; ou
 - c) As atividades principais do controlador ou do operador consistam em operações de tratamento em grande escala de categorias especiais de dados nos termos do artigo 9º e de dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações a que se refere o artigo 10º.

Nesse sentido, o RGPD determina que os agentes de tratamento indiquem um encarregado quando: o tratamento for realizado pelo poder público, salvo tribunais no exercício da sua função jurisdicional; as atividades principais dos agentes de tratamento devido a sua natureza, âmbito e/ou finalidade requeiram um controle regular e sistemático dos titulares em grande escala ou, ainda, quando as atividades principais dos agentes de tratamento consistam em operações de tratamento em larga escala que envolvam dados sensíveis ou dados pessoais relacionados com condenações penais e infrações.

De modo similar, no Uruguai⁴², necessariamente deverão indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais as pessoas jurídicas de direito público, as pessoas jurídicas de direito privado cuja atividade principal envolva dados sensíveis, bem como as pessoas jurídicas de direito privado que realizem tratamento em larga escala.

Por sua vez, na Espanha⁴³, a Lei Orgânica nº 3/2018, de 5 de dezembro de 2018, ao regulamentar o art. 37 do RGPD, elenca os agentes de tratamento que, em qualquer caso, deverão designar encarregado, quais sejam:

- a) As associações profissionais e seus conselhos gerais;
- b) Centros educacionais que ofereçam educação em qualquer um dos níveis estabelecidos na legislação que regula o direito à educação, bem como universidades públicas e privadas;

⁴² UNIDAD REGULADORA Y DE CONTROL DE DATOS PERSONALES. Resolución N° 32/020. Disponível em: <https://www.gub.uy/unidad-reguladora-control-datos> personales/institucional/normativa/resolucion-n-32020.

⁴³ GOBIERNO DE ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2018/BOE-A-2018-16673-consolidado.pdf>.

- c) Entidades que operam redes e fornecem serviços eletrônicos de comunicação de acordo com sua legislação específica, quando processam rotineira e sistematicamente dados pessoais em larga escala;
- d) Provedores de serviços da sociedade da informação ao elaborar perfis em larga escala de usuários de serviços.
- e) As entidades incluídas no artigo 1º da Lei 10/2014, de 26 de junho, sobre organização, fiscalização e solvência das instituições de crédito.
- f) Instituições de crédito financeiro.
- g) Empresas de seguros e resseguros.
- h) Empresas de serviços de investimento, reguladas pela legislação do Mercado de Valores Mobiliários.
- i) Distribuidores e comerciantes de eletricidade e distribuidores e comerciantes de gás natural.
- j) As entidades responsáveis pelos arquivos comuns para a avaliação da solvência de bens e crédito ou arquivos comuns para a gestão e prevenção de fraudes, incluindo os responsáveis pelos arquivos regulados pela legislação sobre a prevenção da lavagem de dinheiro e do financiamento do terrorismo.
- k) Entidades que desenvolvem atividades de publicidade e prospecção comercial, incluindo pesquisa comercial e de mercado, quando realizam tratamentos com base nas preferências dos afetados ou realizam atividades que envolvam perfilá-los.
- l) Os centros de saúde legalmente obrigados a manter os prontuários dos pacientes. As exceções são os profissionais de saúde que, embora legalmente obrigados a manter os prontuários dos pacientes, exercem sua atividade em capacidade individual.
- m) Entidades cujo objetivo é a emissão de relatórios comerciais que possam se referir a pessoas físicas.
- n) Operadores que realizam atividades de jogo através de canais eletrônicos, de computador, telemáticos e interativos, de acordo com as normas de jogo.
- o) Empresas de segurança privada.
- o) Federações esportivas quando processam dados de menores.

Em Portugal⁴⁴, as empresas, seja na qualidade de responsáveis pelos tratamentos, seja na de subcontratantes, só estão obrigadas a designar um encarregado se realizarem o tratamento de dados sensíveis ou de dados relativos a condenações penais e infrações, nos termos dos artigos 9º e 10º do RGDP, em larga escala ou se realizarem tratamentos em larga escala relativos ao controle regular e sistemático dos titulares dos dados.

10.3 Opções Regulatórias

Em relação ao tema hipóteses de dispensa, foram identificadas duas opções para endereçamento do tema. A alternativa “A” propõe que não haja intervenção

⁴⁴ COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Obrigações Encarregado de Proteção de Dados. Disponível em: <https://www.cnpd.pt/organizacoes/obrigacoes/encarregado-de-protectao-de-dados/>.

regulatória, de modo que seja mantido o cenário atual. Por outro lado, alternativa “B” consistiria na previsão da adoção de modelo regulatório com previsão de dispensa a outros agentes de tratamento para além dos agentes de tratamento de pequeno porte que não se enquadrem no art. 3º da Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022.

Alternativa A - Não ação

A Resolução CD/ANPD nº 2 de 27 de janeiro de 2022, que aprovou o Regulamento de aplicação LGPD para agentes de tratamento de pequeno porte, previu a hipótese de dispensa de designação de encarregado aos agentes de tratamento de pequeno porte, exceto para aqueles que se enquadrem nas hipóteses previstas no art. 3º da Resolução⁴⁵.

Pode-se considerar que na referida Resolução a Autoridade buscou o endereçamento da dispensa da designação do encarregado, nos termos do art. 41, §3º da LGPD, de modo a alcançar os critérios de natureza e porte da entidade.

A alternativa de não ação é medida a ser avaliada, uma vez que, norma recentemente editada que conferiu dispensa observando dois dos três critérios previstos no art. 41, §3º, ainda não foi objeto de Avaliação de Resultado Regulatório (ARR), processo por meio do qual é possível verificar os efeitos decorrentes da edição de um ato normativo, considerando o alcance dos objetivos pretendidos e os impactos no mercado e na sociedade após sua implementação. Tal avaliação é essencial para o fornecimento de informações relevantes para a modificação ou a eliminação de regulamentos, ou mesmo reforçar a necessidade de sua manutenção.

⁴⁵ Art. 3º Não poderão se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto neste Regulamento os agentes de tratamento de pequeno porte que:

I - realizem tratamento de alto risco para os titulares, ressalvada a hipótese prevista no art. 8º;
II - auferiram receita bruta superior ao limite estabelecido no art. 3º, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006 ou, no caso de startups, no art. 4º, § 1º, I, da Lei Complementar nº 182, de 2021; ou
III - pertençam a grupo econômico de fato ou de direito, cuja receita global ultrapasse os limites referidos no inciso II, conforme o caso

Nesse sentido, a ampliação das hipóteses de dispensa nesse momento pode se revelar prematura, considerando a falta de informações que orientem a necessidade de uma intervenção regulatória quanto a esse ponto.

Tabela 13: Resumo análise risco-benefício da alternativa A

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Não foram identificados riscos.	Menor complexidade da obrigação normativa.
Encarregado	Não foram identificados riscos.	Manutenção do cenário de oportunidades de atuação.
Titulares	Não foram identificados riscos.	Manutenção das hipóteses de dispensas apenas aos agentes de tratamento de pequeno porte que não se enquadrem no art. 3º da Resolução 2 de 27 de janeiro de 2022. Evita possível fragilização do atendimento aos direitos dos titulares em razão da dispensa de indicação.
ANPD	Não foram identificados riscos.	Mantém a complexidade normativa de dispensa da obrigação de indicação do Encarregado

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

Alternativa B - Extensão da dispensa a outros agentes de tratamento para além daqueles classificados como agentes de tratamento de pequeno porte que não incorram em tratamento de alto risco

O art. 41, §3º da LGPD prevê expressamente a possibilidade de que a ANPD venha a dispor acerca da dispensa da indicação de encarregado, considerando a natureza, o porte da entidade, bem como o volume de dados tratados pelo agente de tratamento.

Embora a Resolução nº 2 CD/ANPD de 27 de janeiro de 2022, tenha previsto a dispensa aos agentes de tratamento de pequeno porte, eventualmente, poder-se-ia questionar se haveria outros agentes de tratamento, que considerando o porte e natureza, seriam passíveis de serem qualificados de tal forma, ou, ainda, se deveria ser

previsto em futuro regulamento sobre o encarregado outras hipóteses de dispensa considerando o volume de dados tratados, em observância à permissão conferida pela Lei.

Destaca-se que a dispensa do encarregado não exime o controlador ou o operador de dados da responsabilidade pelo tratamento dos dados pessoais. Por isso, é necessário que essas entidades mantenham registros das atividades de tratamento realizadas e adotem medidas de segurança adequadas para a proteção dos dados. Caso contrário, estarão sujeitas a sanções administrativas e judiciais previstas na LGPD.

Além disso, é importante que a dispensa do encarregado seja aplicada de forma criteriosa e limitada às hipóteses previstas na LGPD, de forma a garantir a proteção efetiva dos dados pessoais e evitar abusos no tratamento desses dados.

Não obstante tal previsão, fato é que dispensa do encarregado deve ser vislumbrada como uma exceção, e não como regra, considerando a importância de sua atuação no âmbito das organizações e o cenário de maturidade cultural do país a respeito da temática de privacidade e proteção de dados, de modo que não se revela recomendável a dispensa para casos senão aqueles já previstos no Regulamento de aplicação da LGPD aos Agentes de Tratamento de Pequeno Porte. Assim, a possibilidade de dispensa deve ser analisada de forma cautelosa, para que não falte assistência ao titular de dados.

Relativamente aos agentes de tratamento, haveria a possibilidade de extensão da dispensa de designação a outros agentes de tratamento para além dos agentes de tratamento de pequeno porte e consequentemente desoneração de investimento relativo à designação de pessoa para desempenho da função, subsistindo, porém, a necessidade de previsão de canal de atendimento aos titulares.

Quanto aos encarregados, a solução normativa no sentido de estender a dispensa a outras hipóteses para além das atualmente previstas, impactaria diretamente na redução de oferta de oportunidades de atuação.

Por sua vez, em relação aos titulares, haveria possibilidade de prejuízo no atendimento de suas solicitações diante da ausência de encarregado, ainda que, subsista o dever de disponibilização de canal de comunicação.

Tabela 14: Resumo análise risco-benefício da alternativa B

Grupo afetado	Riscos	Benefícios
Agentes de tratamento	Possibilidade de extensão da dispensa de designação a outros agentes de tratamento para além dos agentes de tratamento de pequeno porte.	Desoneração de investimento relativo à designação de pessoa para desempenho da função e necessidade de previsão de canal de atendimento aos titulares.
Encarregado	Redução de oportunidades de atuação.	Não foram identificados benefícios.
Titulares	Possibilidade de prejuízo no atendimento de suas solicitações diante da ausência de encarregado.	Não foram identificados benefícios.
ANPD	Maior complexidade normativa da obrigação de indicar o Encarregado	Não foram identificados benefícios.

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

10.4 COMPARAÇÃO DAS ALTERNATIVAS CONSIDERADAS

Tabela 15: Comparação entre as alternativas

Critério	Alternativa A	Alternativa B
Impacto aos agentes de tratamento	Não foram identificados impactos significativos.	Possibilidade de extensão da dispensa de designação a outros agentes de tratamento para além dos agentes de tratamento de pequeno porte. Desoneração de investimento relativo à designação de pessoa para desempenho da função e necessidade de previsão de canal de atendimento aos titulares.
Impacto aos titulares	Manutenção das hipóteses de dispensas apenas aos agentes de tratamento de pequeno porte que não se enquadrem no art. 3º da Resolução 2 de 27 de janeiro de 2022. Evita possível fragilização do atendimento aos direitos dos titulares em razão da dispensa de indicação.	Possibilidade de prejuízo no atendimento de suas solicitações diante da ausência de encarregado.

Impacto aos encarregados	Manutenção do cenário de oportunidades de atuação.	Redução de oportunidades de atuação.
Impacto à ANPD	Mantém a complexidade normativa de dispensa da obrigação de indicação do Encarregado	Maior complexidade normativa da obrigação de indicar o Encarregado

Fonte: Elaboração própria (Coordenação-Geral de Normatização)

10.5 MODELO ESCOLHIDO E JUSTIFICATIVA

Considerando a recente publicação da Resolução CD/ANPD nº 2 de 27 de janeiro de 2022, que previu a dispensa de encarregado aos agentes de tratamento de pequeno porte e uma vez que o ato normativo em questão não se encontra previsto na Agenda de Avaliação de Resultado Regulatório para o período 2023-2026, aprovada pela Resolução CD/ANPD nº 5, de 13 de março de 2023, a ampliação de hipótese de dispensa da indicação de encarregado para além daquelas previstas na Resolução nº 2 CD/ANPD de 27 de janeiro de 2022, pode não se revelar pertinente no momento, uma vez que não há evidências e informações acerca dos efeitos decorrentes da edição daquele ato normativo, razão pela qual pode se revelar medida arriscada a ampliação da dispensa antes de realizada tal verificação.

Nesse sentido, a alternativa A, de não ação foi escolhida como alternativa regulatória para o presente problema.

11 ESTRATÉGIA PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS ALTERNATIVAS SUGERIDAS

Relativamente à implementação das alternativas sugeridas ao longo dessa AIR, propõe-se quanto aos temas 1 e 3, a elaboração de regulamento que preveja expressamente a possibilidade de indicação pessoas jurídicas como encarregado, bem como, elenque por meio de um rol exemplificativo, outras atribuições passíveis de endereçamento ao encarregado, além de outros aspectos concernentes à atuação do encarregado, de modo a sanar dúvidas recorrentes da sociedade quanto ao desempenho dessa função.

Em relação ao tema 2, sugere-se a elaboração de guia que oriente os agentes de tratamento, assim como os próprios encarregados, quanto aos conhecimentos desejáveis para o melhor desempenho de suas atribuições.

No que tange ao tema 4, uma vez avaliado que a melhor alternativa para a resolução do problema regulatório consistiria na não ação, não há que se falar em estratégia para sua implementação.

12 IDENTIFICAÇÃO E DEFINIÇÃO DOS EFEITOS E RISCOS DECORRENTES DA EDIÇÃO DO ATO NORMATIVO

Em decorrência da edição do ato normativo, espera-se conformidade dos agentes de tratamento com a LGPD e com os regulamentos expedidos pela ANPD, bem como busca-se assegurar a proteção dos direitos dos titulares de dados pessoais previstos na referida Lei. Sem o regulamento, os agentes de tratamento seguirão atuando na obscuridade e sem segurança jurídica.

No entanto, da edição do ato normativo tem-se riscos relacionados à capacidade operacional da ANPD de fiscalizar as obrigações dispostas no instrumento normativo.

Outro risco diz respeito à baixa eficácia da norma, tendo em vista a possibilidade de o instrumento normativo não proporcionar o alcance dos objetivos previstos neste Relatório de AIR.

Nesse sentido, entende-se necessária a atuação da ANPD na orientação, por meio de guias e ações educativas, na consolidação das definições e abordagens regulatórias propostas pela regulamentação.

13 IMPLEMENTAÇÃO E MONITORAMENTO

A partir das alternativas escolhidas, o regulamento será implementado por meio de resolução da ANPD que será objeto de consulta pública e audiência pública nos termos da Portaria CD/ANPD nº 16/2021 e do art. 55-J, § 2º da LGPD e sua vigência observará o previsto no art. 4º do Decreto nº 10.139, de 28 de novembro de 2019.

A fim de monitorar a efetividade das normas relativas ao encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais e entender como essa função está sendo desempenhada na prática, torna-se crucial a coleta de dados e a elaboração de estatísticas específicas.

Com este objetivo, acordos de cooperação podem ser celebrados entre a ANPD e outras entidades, nos setores públicos e privados, para a obtenção de dados e informações sobre o comportamento do mercado diante da edição da norma sobre o encarregado. Estes dados e informações poderão ser utilizados para elaborar estatísticas sobre a efetividade da norma, identificando seus efeitos, seus custos e, especialmente, para identificar o perfil do ocupante desta função antes e depois da intervenção regulatória.

Tal iniciativa pode fornecer uma visão abrangente e precisa da efetividade da atuação do regulador a partir dos seguintes dados, por exemplo:

- tipo de pessoa do agente de tratamento: física ou jurídica, de direito público ou privado;
- percentual dos agentes de tratamento de dados que nomearam um encarregado;
- tipo de pessoa do encarregado: física ou jurídica;
- perfil do encarregado: gênero e faixa etária;
- formação técnica: nível de escolaridade e área de formação,
- experiência: meses de experiência na área de formação; meses de experiência na condição de encarregado;
- atividades desenvolvidas pelo encarregado, considerando rol taxativo;
- perfil laboral: faixa de remuneração e se a atuação é exclusiva;
- custos relacionados exclusivamente ao desenvolvimento das atribuições do encarregado; e
- dificuldades encontradas pelos agentes de tratamento na implementação da norma.

A análise dos dados e informações coletados através dos acordos de cooperação permitirá à ANPD avaliar a efetividade da norma sobre o encarregado, identificando possíveis pontos de melhoria. Apenas para exemplificar, no âmbito público, a CGU abrange 37 (trinta e sete) estruturas organizacionais da Administração Direta, 124

(cento e vinte e quatro) autarquias e 43 (quarenta e três) fundações públicas, sem mencionar as empresas públicas federais.

Igual iniciativa poderia ser adotada em outras esferas de poder e níveis de governo, sem afetar as competências desta autarquia, mas aumentando a percepção da presença do regulador e reduzindo drasticamente a assimetria informacional sobre o tema.

Na área privada não seria diferente. Apenas para exemplificar com três importantes entidades representativas, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) agrupa mais de 4 milhões de empresas; a Confederação Nacional da Indústria, mais de 476 mil indústrias; e o Sebrae, que atendeu mais de 20 milhões de empresas em 2022, segundo os sites das entidades.

Mais ainda, seria possível buscar informações sobre os efeitos das regras relativas aos encarregados nos agentes de tratamento prestadores de serviços públicos – especialmente relevantes sob a ótica da proteção de dados pessoais – em articulação com os órgãos e entidades públicos responsáveis pela regulação de setores específicos da atividade econômica.

A utilização de acordos com entidades para o recolhimento de dados sobre a atividade regulada permitirá à ANPD obter uma visão mais completa sobre a efetividade da norma, com informações valiosas para avaliação do resultado regulatório, pois:

- os acordos de cooperação permitem que a ANPD estabeleça parcerias com entidades e organizações envolvidas diretamente na implementação da LGPD, o que possibilita uma coleta de dados mais abrangente, abarcando uma variedade de setores e tamanhos de empresas;
- a ANPD pode obter acesso a dados reais das práticas empresariais, permitindo uma análise mais precisa do cumprimento das normas e da atuação dos encarregados e dos agentes de tratamento em situações do mundo real;
- dados coletados de forma mais ampla e precisa viabilizam a identificação de tendências e variações na indicação e no desempenho das atividades dos encarregados, antes e depois da implementação da norma da ANPD, para avaliar o impacto regulatório;
- a partir de informações detalhadas sobre o perfil e o desempenho dos encarregados, a ANPD poderá oferecer orientações mais específicas e

adequadas, promovendo o aprimoramento contínuo da conformidade com a LGPD; e

- na prática, a utilização dos acordos para o recebimento de dados e estatísticas não representará nenhum custo operacional específico para a ANPD, além daqueles ordinários, necessários à formalização da parceria.

Como sugestão, as pesquisas poderiam ser executadas pelo preenchimento de simples questionários a serem elaborados oportunamente, em conjunto com o partícipe da cooperação, pelo método de melhor aderência à realidade dos destinatários das pesquisas. Não obstante, poderia ser apenas feita a inclusão de questões em pesquisa já adotada periodicamente pelas entidades parceiras.

Além da utilização de acordos de cooperação, a ANPD também poderá utilizar medidas próprias para monitorar a efetividade da norma sobre o encarregado, tais como a análise de denúncias e reclamações recebidas ou a realização de auditorias nos agentes de tratamento de dados.

No caso das entidades públicas - CGU, bem como os órgãos e as entidades reguladores - a cooperação com a ANPD teria sustentação jurídica no art. 55-J, ss. 3º, da LGPD. Já no caso das entidades privadas, sem fins lucrativos, a cooperação estaria respaldada pela Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

Todavia, apesar das vantagens, é importante reconhecer os desafios na utilização de acordos de cooperação para a coleta de dados e elaboração de estatísticas. Alguns desses desafios incluem garantir, por um lado, a veracidade das informações recebidas dos parceiros, e por outro, a confidencialidade dos dados no âmbito da ANPD, caso existam dados cujo acesso deva ser restrito.

De todo modo, os pontos de atenção e a necessidade de uma coordenação eficaz entre as partes envolvidas podem ser facilmente equacionados nos documentos dos acordos e em seus planos de trabalho, garantindo sucesso na análise e na interpretação dos dados coletados em prol de uma regulação eficiente da proteção de dados.