

ANEXO REGULAMENTO SOBRE A ATUAÇÃO DO ENCARREGADO

CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Este Regulamento tem por objetivo estabelecer normas complementares sobre a indicação, a definição, as atribuições e a atuação do encarregado, de que trata a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Art. 2º Para fins deste Regulamento, considera-se:

~~↳ conflito de interesses: situação gerada pelo confronto de interesses do agente de tratamento com os do encarregado no exercício de sua função, que possa influenciar, de maneira imprópria, o desempenho das atribuições do encarregado.~~

O inciso I, deste artigo 2º é nulo de pleno direito, porque não é possível regulamentar o que a lei principal não prevê.

Justificativa: Não consta no texto da lei brasileira sobre proteção de dados, a LGPD, o termo “conflito de interesse”, e, portanto, não compete à ANPD disciplinar sobre este tema. Isso se justifica, porque uma regulamentação não pode regulamentar o que não existe na lei principal. Também, de acordo com a Lei de Processos Administrativos, Lei 9.784/1999, nenhuma regulamentação pode restringir direitos, nem criar obrigações.

Há restrição de direitos quando impede o dono e uma consultoria especializada em adequação à LGPD, profissional especialista na área de ser nomeado seu próprio encarregado e essa é a realidade da maioria das consultorias.

A ANPD não pode estabelecer normas que contrariem a lei ou que estejam acima dela. Não pode inovar no mundo jurídico, nem criar direitos, obrigações, proibições ou medidas punitivas, se limitando a estabelecer normas sobre como a lei será cumprida.

Ainda, de acordo com o artigo 22, inciso XXX, da Constituição Federal, compete privativamente ao Poder Legislativo Federal, legislar sobre a proteção e tratamento de dados, o que torna este inciso I do artigo 2º, nulo de pleno direito.

II - encarregado: pessoa natural ou jurídica indicada pelo controlador ou pelo operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), nos termos do inciso VIII do art. 5º da Lei nº 13.709, de 2018;

1. Excluir a palavra “operador” do inciso. O inciso II está equivocado, porque o operador não indica encarregado, quem indica segundo o artigo 41, da LGPD é somente o controlador.

2. Em tese, no Brasil, não é possível o encarregado ser pessoa jurídica, porque não há esta previsão do artigo 5º da LGPD. O artigo apenas diz “pessoa indicada”, e não “pessoa natural ou jurídica”.

III - identidade do encarregado: nome completo, se for pessoa natural, ~~ou nome empresarial ou título do estabelecimento, se pessoa jurídica~~; e

Como já explicado no inciso anterior, em tese, no Brasil, não é possível o encarregado ser pessoa jurídica, porque não há esta previsão do artigo 5º, da LGPD. O artigo apenas diz “pessoa indicada”, e não “pessoa natural ou jurídica”. Portanto, deve ser excluído do inciso o texto “nome empresarial ou título do estabelecimento, se pessoa jurídica”. E, quando o artigo 41, parágrafo 1º fala em identidade, se refere a pessoa natural. Identidade é de pessoa e não de empresa, senão a lei traria o termo identificação. Indentidade é inerente do ser humano.

A ANPD não pode alterar o texto da LGPD e a lei é clara: Encarregado: pessoa indicada (artigo 5º, inciso VIII, da LGPD).

IV - informações de contato do encarregado: dados referentes a meios de comunicação que viabilizem o exercício dos direitos dos titulares junto ao controlador e possibilitem o recebimento de comunicações da ANPD.

Para cumprir o princípio do livre acesso, o meio de comunicação deve ser gratuito, e, portanto, deve-se alterar o inciso IV para incluir a palavra “gratuito” logo após “meios de comunicação”.

Sugerimos ainda a inclusão do inciso V no artigo 2º para trazer o conceito ou a natureza jurídica do termo sítio eletrônico:

"V – Sítio eletrônico: Para os propósitos deste regulamento, incluirá também mídias digitais. Essa categoria abrange qualquer forma de conteúdo digital, como sites, aplicativos e outros meios digitais que possam surgir no futuro. Esses meios devem pertencer ao domínio do controlador e serem capazes de fornecer ao titular informações sobre a identidade e o contato do encarregado, para exercício efetivo de seus direitos previstos nos artigos 9º, 18 e 19, da LGPD."

CAPÍTULO II - DOS AGENTES DE TRATAMENTO

Seção I - Da Indicação do Encarregado

Art. 3º O controlador deverá indicar encarregado por meio de ato formal.

O artigo 3º é nulo, porque a LGPD não determina que a indicação do encarregado deve ser por ato formal.

Justificativa: Conforme o parágrafo 1º do artigo 41, a obrigação do controlador após indicar o encarregado pelo tratamento de dados, é disponibilizar a identidade e as informações de contato do encarregado publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador. Desse modo, em nenhum momento o artigo fala em indicação por meio de ato formal, sendo ele nulo, por criar uma obrigação não prevista na lei principal. Além do mais, este artigo contraria também o disposto no artigo 6º deste regulamento que cita que a identidade e as informações de contato do encarregado devem ser mantidas atualizadas e serem divulgadas no sítio eletrônico do agente de tratamento.

§1º Os Agentes de Tratamento de Pequeno Porte dispensados de indicar encarregado devem disponibilizar um canal de comunicação com o titular de dados e com a ANPD, nos termos do art. 11 do Regulamento de aplicação da LGPD para Agentes de Tratamento de Pequeno Porte, aprovado pela Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022.

O parágrafo 1º deve ser excluído, porque já consta na Resolução CD/ANPD nº 2, de 27 de janeiro de 2022, não havendo a necessidade de copiar artigos de uma resolução em outra resolução.

§ 2º As pessoas jurídicas de direito público referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), devem indicar encarregado quando realizarem operações de tratamento de dados pessoais, observado o seguinte:

I - a indicação do encarregado por pessoas jurídicas de direito público deverá recair, preferencialmente, sobre servidores estáveis, devendo estes ser detentores de reputação ilibada; e

Reescrever o inciso I:

"I – A indicação do encarregado por pessoas jurídicas de direito público não deve

resultar no acúmulo de funções para o servidor público. Se ocorrer tal acúmulo, devido à impossibilidade de contratar um servidor exclusivo para o cargo de encarregado, aquele que acumular a função de encarregado deve receber pelo desempenho tanto do cargo para o qual foi contratado quanto da função de encarregado."

I - a indicação do encarregado por pessoas jurídicas de direito público deverá recair, preferencialmente, sobre servidores estáveis, devendo estes ser detentores de reputação ilibada; e

A palavra "preferencialmente" deve ser retirada do inciso I, do parágrafo único do artigo 3º, porque ela traz um ato discricionário, podendo o órgão público seguir ou não a regra imposta pelo inciso. E ainda, o inciso está restringindo direitos, ao determinar a indicação preferencial de servidor estável para encarregado.

Justificativa: Todo servidor público, após ser chamado pelo concurso para exercer um cargo público, passa por um período de estágio probatório, antes de se tornar estável. Desse modo, a pessoa que fosse contratada para o cargo de encarregado, antes de se tornar estável, passaria pelo estágio probatório, e segundo este inciso, ela poderia não exercer a função para a qual foi contratada, se o órgão público assim decidisse, inviabilizando a execução do trabalho. Ocorrendo a mesma restrição, no caso de uma pessoa que fosse designada para a função por um cargo comissionado.

II - os órgãos públicos que desempenhem funções típicas de controlador de dados pessoais devem indicar encarregado.

O inciso II é contrário à LGPD, uma vez que todos os órgãos públicos desempenham a função de controlador, nem que seja ao menos dos seus próprios empregados.

§3º Considerando o contexto do tratamento de dados pessoais realizado, o volume e os tipos de dados tratados, o controlador pode indicar mais de um encarregado, desde que atendida a obrigação prevista no art. 13 deste Regulamento.

1. Reescrever o parágrafo trocando "os tipos de dados" por "a natureza dos dados".

2. Este parágrafo é nulo, pois cria obrigação ao prever a possibilidade do controlador ter mais de um encarregado, o que não é possível pela lei principal (LGPD).

§ 4º A indicação deve ser publicada em veículo de comunicação oficial.

Este parágrafo é nulo, pois cria a obrigação de publicação da indicação do encarregado em veículo de comunicação oficial, obrigação inexistente na lei principal (LGPD), até porque muitas empresas não têm canal de comunicação, exercem suas atividades exclusivamente através de espaços físicos, exemplo: padarias, lanchonetes, pequenos comércios locais. Lembrando que a LGPD protege os dados pessoais inclusive nos meios digitais, significa que por padrão a proteção dos dados é nos meios físicos.

Art. 4º A indicação de encarregado por operadores é facultativa e será considerada política de boa prática de governança para fins do disposto no art. 52, §1º, IX da Lei nº 13.709, de 2018, e do art. 13, II, do Regulamento de Dosimetria e Aplicação de Sanções Administrativas, aprovado pela Resolução CD/ANPD nº 4, de 24 de fevereiro de 2023, desde que observadas as normas deste Regulamento.

Há dois pontos há serem evidenciados neste artigo.

Primeiro... no que diz "a indicação de encarregado por operadores"

Este trecho faz o artigo 4º como nulo, pois contraria o art. 41 da LGPD que diz:

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

O operador somente indicará encarregado para lidar com dados pessoais da sua própria empresa, quando na função de controlador dos próprios dados, e não operador dos dados de outra empresa.

Segundo ponto... no que diz “será considerada política de boa prática de governança... Cachorro com 2 donos morre de fome...

Aqui a governança é inclusive prejudicada quando o Controlador não nomeia e não conhece o Encarregado pelos dados que ele , controlador, tem junto a operadores, a exemplo de terceirizados. Acontece que, embora a informação esteja em posse de terceiros, é do Controlador esta responsabilidade.

Ademais diz o artigo

Art. 5º VII da LGPD- operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador

O operador aqui está usurpando a competência exclusiva do Controlador. E, conforme escrito nesta minuta, o Controlador tendo esta faculdade, tem a opção de transferir também a responsabilidade.

Em conclusão:

Nas falas iniciais, foi lembrado de que não se deve ter contato exclusivamente automatizado. Com este artigo existirá a possibilidade de evitar comunicações puramente automatizadas para garantir conexões humanas genuínas e significativas, afinal, está escrito como “facultativa” ... Cachorro que tem 2 donos...

Sendo mais afirmativo no argumento...

LGPD: Art. 39. O operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador, que verificará a observância das próprias instruções e das normas sobre a matéria. ---

esta instrução, a exemplo de treinamento, é executado pelo Encarregado que foi nomeado pelo Operador.

A única equiparação de Operador e Controlador vem no ...

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

Art. 5º Cabe ao agente de tratamento estabelecer, considerando o contexto, o volume e o risco das operações de tratamento realizadas, as qualificações profissionais para o desempenho das atribuições do encarregado, a fim de atender às exigências da Lei nº 13.709, de 2018.

Segundo o artigo 41 da LGPD, quem indica e estabelece as atribuições do encarregado de dados é o controlador, portanto, o artigo deve ser corrigido, substituindo as palavras “agente de tratamento” por “controlador”.

Parágrafo único. A indicação do encarregado deverá observar as suas qualidades profissionais, e, principalmente, seus conhecimentos relativos à disciplina de privacidade e proteção de dados, bem como aqueles necessários para o desempenho das atribuições previstas neste Regulamento.

Corrigir a redação do parágrafo único:

“Parágrafo único. A indicação do encarregado deverá observar as suas qualidades profissionais, e, principalmente, seus conhecimentos relativos à disciplina de privacidade e proteção de dados, bem como aqueles necessários para o desempenho das atribuições previstas na **Lei nº 13.709, de 2018** e neste Regulamento.”

Comentários realizados:

1) Art. 5º - Caput

1.1) Referente ao termo AGENTE DE TRATAMENTO – gostaria de analisar rapidamente alguns conceitos que a LGPD traz:

- Art 5º Inc VI fala que compete ao Controlador as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;
- O Art 5º Inc VII – fala que o operador realiza o tratamento de dados pessoais em nome do Controlador;
- Art. 5º Inc VIII – Encarregado é a pessoa indicada pelo controlador e operador...., **PORÉM**;
- **No Art. 41º prevê que, o CONTROLADOR deverá indicar o encarregado pelo tratamento de dados, ou seja, somente ele é quem indica e estabelece as atribuições do encarregado de dados.**
- **Art 42º - Inc I** – fica claro que o operador não pode usurpar a competência do controlador.

Se é de competência do Controlador indicar o encarregado, conforme o Art 41º, não há que se considerar o termo AGENTE DE TRATAMENTO, mas ser objetivo e alinhado à Lei 13.709/18, alterando o termo para CONTROLADOR.

1.2) Ainda referente ao Caput, seria com relação à estabelecer qualificações considerando: o contexto, o volume e o risco.

. Contexto > qual a definição de contexto? É subjetivo quando se relaciona ao ramo de adequação, ao ramo de negócio;

. Volume e risco > quais são as métricas para volume e risco? O que é volume maior ou menor? Não se conseguiu definir, até o momento, inclusive quando da edição de resoluções anteriores, essas métricas. Então, fica muito subjetivo definir a qualificação de um profissional sem critérios técnicos, claros e objetivos.

1.3) Adicionalmente devemos considerar que se a responsabilidade é do CONTROLADOR, então seria dele a competência e deliberalidade para analisar o perfil profissional que irá contratar. A própria CF no seu art 170 - **A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: II - propriedade privada;** - prevê que não pode haver interferência do Estado na governança. Além do mais, a Lei 9784/1999, já citada, em outras citações anteriores,

prevê que uma normativa, não pode restringir direitos ou criar obrigações, relativo à uma lei promulgada.

2) Art. 5º - Parágrafo Único

No parágrafo único deve ser citada também a Lei 13.709/18, além do Regulamento, para alinhar com a referência correta sobre a legalidade das atribuições.

Texto sugerido para o Art 5º seria:

Art. 5º Cabe ao CONTROLADOR estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o desempenho das atribuições do encarregado, nas operações de tratamento realizadas, a fim de atender às exigências da Lei nº 13.709, de 2018.

Parágrafo único. A indicação do encarregado deverá observar as suas qualidades profissionais, e, principalmente, seus conhecimentos relativos à disciplina de privacidade e proteção de dados, bem como aqueles necessários para o desempenho das atribuições previstas na Lei 13.709 de 2018 e neste Regulamento.

Art. 6º A identidade e as informações de contato do encarregado devem ser mantidas atualizadas e ser divulgadas no sítio eletrônico do agente de tratamento.

Corrigir a redação do artigo 6º, para incluir a palavra preferencialmente, antes de sítio eletrônico, conforme redação do artigo 41 paragrafo 1º da LGPD. Sob pena de nulidade, porque muitas empresas físicas, não possuem sítio eletrônico ou qualquer outra mídia digital associada:

“Art. 6º A identidade e as informações de contato do encarregado devem ser mantidas, atualizadas e ser divulgadas **preferencialmente** no sítio eletrônico do **controlador**.”

§ 1º Para fins do disposto no **caput**, as informações disponibilizadas no sítio eletrônico deverão ser apresentadas de forma clara, precisa e em local de destaque e de fácil acesso.

~~§ 2º O agente de tratamento que não dispuser de sítio eletrônico próprio poderá realizar a divulgação de que trata o **caput** por quaisquer outros meios de comunicação disponíveis, inclusive aqueles usualmente utilizados para contato com os titulares, observado o disposto no § 1º deste artigo.~~

Reescrever todo o parágrafo 2º:

§ 2º Quando o controlador não possuir espaço virtual para o atendimento do titular, limitando-se a um espaço físico, a identidade e as informações de contato do encarregado, deverão ser fixadas em local de circulação do titular, observado o disposto no parágrafo primeiro deste artigo.

Seção II - Dos Agentes de Tratamento

Art. 7º Em relação ao encarregado, o agente de tratamento deve:

- I - prover os meios necessários para o exercício das atribuições do encarregado, neles compreendidos recursos humanos, técnicos e administrativos;
- II - proporcionar ao encarregado autonomia técnica e acesso à alta administração da organização, para o melhor desempenho de suas atividades; e
- III - prover meios de atendimento humanizados do encarregado com o titular de dados e com a ANPD.

Este artigo 7º é nulo de pleno direito, porque ao criar obrigações para os agentes de tratamento, ele está em discordância com a Lei 9.784/1999, Lei de Processos Administrativos, que não autoriza a ANPD através de resolução criar obrigações, mas somente regulamentar as que já existem na lei principal (LGPD).

Além disso, não há autorização legal na LGPD, nos artigos 37 ao 40, para a regulamentação de agente de tratamento, bem como não há autorização no artigo 41, parágrafo 3º da LGPD, em relação a esse assunto.

Art. 8º O controlador é o responsável pela conformidade do tratamento dos dados pessoais, nos termos da Lei nº 13.709, de 2018.

CAPÍTULO III DO ENCARREGADO

Seção I - Das Características e Formas de Atuação

Art. 9º O encarregado poderá ser integrante do quadro organizacional do agente de tratamento ou externo a este, atuando a partir de um contrato de prestação de serviços.

No artigo 9, o termo quadro organizacional não tem relação com a nomenclatura da legislação brasileira, devendo ser escrito “ o encarregado poderá ser integrantes do quadro de empregados do agente de tratamento [...]” cumprindo a legislação trabalhista pertinente, ou seja, a CLT. Em tempo, a regulamentação não deve incorporar termos técnicos de normas internacionais que não fazem parte da legislação brasileira.

“Art. 9º O encarregado poderá ser integrante do **quadro de empregados** do agente de tratamento ou externo a este, atuando a partir de um contrato de prestação de serviços.”

Art. 10. Nas ausências, impedimentos e vacâncias do encarregado, a função será exercida por substituto formalmente designado.

Parágrafo único. As situações de afastamento do encarregado referidas no **caput** não poderão consistir em obstáculos para o exercício dos direitos dos titulares ou para o atendimento às comunicações da ANPD.

O artigo 10, bem como o parágrafo único, são nulos, tendo em vista que a LGPD não prevê nomeação de encarregado substituto, cabendo à governança da empresa decidir sobre nova contratação ou substituição em caso de vacância do cargo de encarregado. Não cabe ao Estado interferir na governança empresarial, sendo assim a ANPD não pode criar obrigações para o Controlador, porque isto é função do Poder Legislativo federal, que é o nosso Congresso Nacional, tendo como referência o artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal do Brasil de 1988, onde está contido o seguinte:

Art. 170 (CF) - Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Por isso, repito, senhoras e senhores, o artigo 10 e o seu parágrafo único desta minuta, são nulos diante da inexistência de encarregado substituto previsto na Lei Geral de Proteção De Dados Pessoais.

Art. 11. O encarregado deverá ser capaz de comunicar-se com os titulares de dados e com a ANPD, de forma clara e precisa e em língua portuguesa.

Obviamente os direitos dos titulares exercidos no Brasil, serão sempre em língua portuguesa, assim desnecessário e vexativo o artigo 11, uma vez que, conforme artigo 13 da Constituição Federal, a língua portuguesa é o idioma oficial do Brasil.

Sugestão: Como a LGPD não proíbe que o encarregado seja estrangeiro, este deve ter o domínio da língua portuguesa, tanto escrita quanto falada, além de possuir nível técnico para compreender e se comunicar, sendo vedado o tratamento automatizado nesse caso.

Art. 12. O exercício da atividade de encarregado não pressupõe a inscrição em qualquer entidade nem a detenção de qualquer certificação ou formação profissional específica.

Reescrever a primeira parte do artigo 12, para constar “o exercício da atividade “do” encarregado”, e não “de” encarregado”, pois não se trata de uma pessoa genérica e sim, uma pessoa específica.

Art. 13. O encarregado poderá acumular funções e exercer as suas atividades para mais de um ~~agente de tratamento~~, desde que seja possível o pleno atendimento de suas atribuições relacionadas a cada agente de tratamento e inexistir conflito de interesses.

Excluir a palavra “agente de tratamento” e escrever “controlador”, porque o operador não nomeia encarregado, quem nomeia segundo o artigo 41 da LGPD é somente o controlador.

“Art. 13. O encarregado poderá acumular funções e exercer as suas atividades para mais de um **controlador**, desde que seja possível o pleno atendimento de suas atribuições relacionadas a cada agente de tratamento e inexistir conflito de interesses.”

Art. 14. As atividades do encarregado referentes ao contato com a ANPD não poderão ser realizadas exclusivamente por meio de processos automatizados.

Sugerimos a inclusão de dois parágrafos:

“§ 1º. O disposto no caput do artigo 14, também se aplica na resposta do direito dos titulares.”

§ 2º. Em relação às atividades do encarregado de dados, referente ao atendimento para o titular, não poderá ser exclusivamente por meio de processos automatizados, dando a opção para o titular de atendimento humano, nos termos do artigo 6º, inciso IV da LGPD.

Porque esta alteração é importante para os Encarregados do Tratamento e Proteção de dados?

1. Para não correr o risco do tratamento ser somente automatizado.
2. Para que os Encarregados do Tratamento e Proteção de dados, não sejam substituídos pela IA.

Seção II - Das Atividades e das Atribuições

Art. 15. As atividades do encarregado consistem em:

- I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;
- II - receber comunicações da ANPD e adotar providências;
- III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e
- IV - executar as demais atribuições determinadas pelo ~~agente de tratamento~~ ou estabelecidas em normas complementares.

Alterar a redação do inciso IV para:

“IV – executar as demais atribuições determinadas pelo **controlador**, bem como as normas estabelecidas **nesta** regulamentação.”

Justificativa:

Houve no inciso IV, uma confusão sobre de quem é a competência para determinar a execução das atribuições ao encarregado pelo tratamento de dados pessoais. No momento da redação, trocou-se

a figura do controlador e quis assim o texto modificar para agente de tratamento, incluindo a figura do operador para determinar as atividades do encarregado.

Acontece que no artigo 5º inciso VI, da LGPD – encontramos que ao controlador competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais.

Em contrapartida, no mesmo artigo 5º no inciso VII, verificamos que o operador é quem realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador. Não podendo o operador ter competência para determinar a execução das demais atribuições do encarregado, porque ele também executa o tratamento dos dados do controlador, conforme as orientações que lhe são fornecidas, não tendo autorização legal, dentro da LGPD, para tomada de decisões.

O artigo 39, também da LGPD, vem justamente reforçar o que disciplina o inciso VII do artigo 5º, quando diz que o operador deverá realizar o tratamento segundo as instruções fornecidas pelo controlador. Ora, se o operador, segue as instruções do controlador, como pode ele determinar a execução das demais atribuições do encarregado?

A única hipótese em que o operador determina a execução das atividades do encarregado, é quando ele assume o papel de controlador dos dados da sua própria empresa, deixando de ser um operador, para ser o controlador.

Além disso, questiono a necessidade de normas complementares, que está descrita no final do inciso IV, deste artigo 15, uma vez acreditar que esta regulamentação já seja suficiente. Desse modo, se faz necessária a alteração da redação do texto deste artigo conforme sugerido anteriormente.

Art. 16. São atribuições complementares do encarregado, sem prejuízo das que poderão ser estabelecidas pelo ~~agente de tratamento~~ nos termos do inciso IV do art. 15 deste Regulamento, ~~orientar o agente de tratamento~~ nas seguintes atividades:

Alterar a redação do artigo 16 para:

Art. 16. São atribuições complementares do encarregado, sem prejuízo das que poderão ser estabelecidas pelo **controlador** nos termos do inciso IV do art. 15 deste Regulamento, **executar, seguindo as instruções fornecidas pelo controlador, as** seguintes atividades:”

Justificativa:

A primeira correção a ser realizada, é substituir a figura do agente de tratamento, pela figura do controlador, no *caput* do artigo, porque é o controlador quem indica e determina as demais atribuições e atividades do encarregado e não os agentes de tratamento, incluindo o operador.

Além disso, sugiro alterar o texto para indicar que o encarregado não apenas orienta, mas também executa as atividades, seguindo as instruções do controlador.

Em segundo lugar, na redação do artigo 16, o encarregado, deverá somente orientar o controlador, mas se assim for, quem irá executar as tarefas que estão descritas nos incisos de I a IX, o próprio controlador ou o encarregado? Porque se for o encarregado, precisa ser mudado o verbo “orientar”, para “executar” e acrescentar que será “sobre a responsabilidade do controlador”.

Do modo como está, o texto gera uma confusão na interpretação do artigo, devendo decidir se o encarregado irá orientar e executar todas as tarefas descritas nos incisos de I a IX, ou se ele apenas irá orientar o controlador a realizar essas tarefas, sendo opcional ao controlador realizá-las ou não.

Torna-se necessário ainda explicar que, as execuções das atividades do encarregado seguirão as instruções do controlador, porque segundo o artigo 42, é dele a responsabilidade pelos danos que causar em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais e não da pessoa do encarregado.

- I - elaboração da comunicação de incidente de segurança com dados pessoais;
- II - elaboração do registro das operações de tratamento de dados pessoais;
- III - elaboração do Relatório de Impacto à Proteção de Dados Pessoais;

IV - identificação e análise de risco relativo ao tratamento de dados pessoais;

V - definição de medidas de segurança, técnicas e administrativas, aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito;

VI - implementação da Lei nº 13.709, de 2018, dos regulamentos da ANPD e na adoção de melhores práticas para proteção de dados pessoais;

A palavra "implementação" no inciso VI do artigo 16 desta resolução está incorreta, uma vez que quem implementa ou estabelece uma lei no Brasil é o Congresso Nacional (composto pela Câmara Federal e pelo Senado Federal).

"Implementar" significa "pôr em execução, pôr em prática (plano, programa ou projeto); realizar."

Cabe aos agentes de tratamento e ao encarregado cumprir a lei.

Portanto o verbo correto a ser utilizado é o verbo "adequar", que significa "tornar(-se) ajustado, adaptado a; amoldar(-se)."

Como sugestão, proponho trocar a palavra "implementação" por "adequação" à LGPD e "aos regulamentos da ANPD", passando a ter a seguinte redação:

"VI - adequação à Lei nº 13.709, de 2018, aos regulamentos da ANPD e na adoção de melhores práticas para proteção de dados pessoais;"

VII - análise de cláusulas contratuais com terceiros que versem sobre proteção de dados pessoais;

A meu ver este inciso apresenta-se de forma imprecisa e como sugestão, proponho alterar a sua redação, passando para:

"VII - Análise das cláusulas de todos os contratos assinados com o controlador, que contenham dados pessoais, para a sua correta adequação com a Lei nº 13.709, de 2018."

VIII - transferências internacionais de dados, realizadas nos termos do art. 33, da Lei nº 13.709, de 2018; e

Este inciso não é pertinente, uma vez que não determina ou define o que o encarregado deve fazer em relação à transferência internacional, sendo um inciso inexecutável.

IX - formulação e implementação de regras de boas práticas e de governança e de programade governança em privacidade, nos termos do art. 50 da Lei nº 13.709, de 2018.

De acordo com o artigo 50 da LGPD, o verbo imposto pela lei é o verbo "poder" (poderão), o que significa que é uma faculdade dos agentes de tratamento formular as regras de boas práticas de governança, não sendo uma obrigação. Portanto, esta regulamentação não pode criar uma nova obrigação que não está prevista em lei, tornando este inciso nulo de pleno direito.

Art. 17. O encarregado deverá manter sigilo sobre as informações protegidas por lei e, quando couber, sobre os dados pessoais que tomar conhecimento em decorrência do exercício de suas atividades e atribuições.

Parágrafo único. O sigilo previsto no **caput** não prejudica o dever de observar o princípio da publicidade administrativa, quando aplicável, e de expor os fatos conforme a verdade e prestar as informações que lhe forem solicitadas pela ANPD ou por qualquer autoridade administrativa ou judicial competente, colaborando para o esclarecimento dos fatos.

Tanto o artigo 17, quanto o parágrafo único são nulos, uma vez que a LGPD não obriga o sigilo de dados ou informação, não cabendo a esta regulamentação criar novas obrigações. A criação de novo direito deve ser feita pelo poder legislativo e não por meio de regulamentação.

Art. 18. O desempenho das atividades e das atribuições dispostas nos arts. 15 e 16 não confere ao encarregado a responsabilidade pela conformidade do tratamento dos dados pessoais.

Seção III - Dos Conflitos de Interesse

A Seção III – Dos Conflitos de Interesse por completa, é nula, uma vez que se trata de uma inovação jurídica, de um tema não tratado na lei principal (LGPD).

Justificativa: À ANPD compete regulamentar artigos previstos na LGPD, que não menciona em nenhum de seus artigos o tema "Conflito de Interesse". Portanto, não cabe à ANPD ou a esta resolução criar legislação por absoluta falta de competência legal. PRIMEIRAMENTE, O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EXISTE NO NOSSO DIREITO E É PREVISTO NO ART 5 INCISO II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E EXISTE DESDE 1824 E ESTÁ ESCRITO: NENHUM CIDADÃO PODE SER OBRIGADO OU DEIXAR DE FAZER ALGUMA COISA EM VIRTUDE DE LEI. ISSO SIGNIFICA QUE AQUI NO BRASIL SÓ A LEI OBRIGA E NENHUMA NORMA A NÃO SER A LEGAL, PODE TER FORÇA OBRIGATÓRIA. NISSO O NOSSO REGIME É MAIS PECULIAR E MAIS ESTRITO DO QUE A MAIORIA DO DIREITO COMPARADO. PORTANTO PARA QUE A AUTORIDADE POSSA REGULAMENTAR O CONFLITO DE INTERESSE É NECESSÁRIO UM PROJETO DE LEI. TEMOS QUE SEGUIR O QUE ESTÁ NA NOSSA CONSTITUIÇÃO UMA VEZ QUE ELA É A LEI MAIOR. De acordo com o artigo 22, inciso 30 da Constituição Federal, compete privativamente ao Poder Legislativo Federal, legislar sobre a proteção e tratamento de dados, tornando nula de pleno direito toda a seção III.

A ANPD não pode estabelecer normas que contrariem a lei ou que estejam acima dela. Não pode inovar no mundo jurídico, nem criar direitos, obrigações, proibições ou medidas punitivas, se limitando a estabelecer normas sobre como a lei será cumprida. Assim sendo, toda a sessão seria uma inovação legislativa, e portanto, nula.

Nenhuma regulamentação pode restringir direitos, conforme a Lei de Processos Administrativos, Lei 9.784/1999, sendo que, ao legislar em termos de conflito de interesse, esta resolução restringe o direito dos Encarregados de Dados de exercer essa função em suas próprias consultorias, o que inviabilizaria o cumprimento da lei por parte de empresas de pequeno porte.

Art. 19. O encarregado deverá declarar ao agente de tratamento qualquer situação que

possa configurar conflito de interesse, responsabilizando-se pela veracidade das informações prestadas.

Art. 20. Presume-se conflito de interesses o acúmulo da função de encarregado com aquela em que haja competência para decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, em nome do agente de tratamento.

Art. 21. O agente de tratamento, ao indicar o encarregado, deve atentar para que este não esteja ocupando ou não passe a ocupar posição que acarrete conflito de interesses.

Parágrafo único. Uma vez constatada a possibilidade de conflito de interesses, o controlador não deverá prosseguir com a indicação ou deverá proceder a sua substituição.

A colaboração desse texto é de todos os membros abaixo assinados:

Silvia Brunelli do Lago
Simone Abrão Giacummo
Fabiana Aparecida de Macedo
Francisco Oliveira de Jesus
Leandro dos Santos Borges
Nilce Boeger Tamanini
Renata Araújo da Rocha
Robert Cabili
Verlaine Patrícia Costa
Fábio Assad Abujamra
Carina Manfre
Marco Antonio de Oliveira
Robert Yoel Cabili
Elimo Leite Cordeiro
Márcia Lima
Rosinely Zutin dos Santos
Dilmara Dias Gomes
Célio Rodrigues Domingues