

ANPD publicou Guia Orientativo para definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado

A LGPD (Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018) apresenta conceitos e busca estruturar nacionalmente um sistema efetivo de proteção de dados pessoais.

Interpretações e regulamentação serão efetivadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a quem incumbe zelar pelos dados pessoais, bem como regulamentar a LGPD.

Assim, considerando a necessidade de esclarecimentos a respeito de conceitos para a atuação de organizações públicas e privadas no tratamento de dados pessoais, foi elaborado o 'Guia Orientativo para a Definição dos Agentes de Tratamento e do Encarregado'.

O guia orientativo busca estabelecer diretrizes não-vinculantes aos agentes de tratamento e explicar quem pode exercer a função do controlador, do operador e do encarregado; as definições legais; os respectivos regimes de responsabilidade; casos concretos que exemplificam as explicações da ANPD e as perguntas frequentes sobre o assunto.

Destaca-se que a versão publicada está sujeita a comentários e contribuições pela sociedade civil de forma contínua por meio do e-mail normatizacao@anpd.gov.br e que o guia será atualizado à medida que novas regulamentações e entendimentos forem publicados e estabelecidos pela ANPD.

Segue Guia anexo.

Lorena Blanco

Advogada, Assessora Trabalhista e Sindical FIEG/GESIN

lorenablanco@sistemapfieg.org.br

AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Guia Orientativo para Definições dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado

Brasília/DF



**GUIA ORIENTATIVO PARA DEFINIÇÕES DOS AGENTES DE
TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS E DO ENCARREGADO**

MAIO DE 2021

Presidente da República

Jair Messias Bolsonaro

Diretor-Presidente

Waldemar Gonçalves Ortunho Junior

Diretores

Arthur Pereira Sabbat

Joacil Basilio Rael

Miriam Wimmer

Nairane Farias Rabelo Leitão

Equipe de elaboração

Alexandra Krastins Lopes - Gerente de Projeto do Conselho Diretor

Fabício Lopes - Coordenador de Normatização

Isabela Maiolino - Coordenadora-Geral de Normatização

Lucas Borges de Carvalho - Gerente de Projeto do Conselho Diretor

Thiago Moraes - Coordenador de Tecnologia e Pesquisa

Capa: Fabício Lopes - Coordenador de Normatização

Imagem de Capa: Oleg Magni, em pexels.com

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
1. AGENTES DE TRATAMENTO. Quem pode ser considerado agente de tratamento?	5
2. CONTROLADOR	7
2.1. Definição legal	7
2.2. Controlador pessoa jurídica.....	8
2.3. Controlador pessoa jurídica de direito público.....	8
2.4. Controlador pessoa natural	10
2.5. Decisões do controlador	10
2.6 Exemplos	11
3. CONTROLADORIA CONJUNTA E CONTROLADORIA SINGULAR	12
3.1 Diferença – definição de finalidades e elementos essenciais em conjunto.	12
3.2 Como avaliar se há controladoria conjunta	13
3.3 Exemplos	14
4. OPERADOR	16
4.1 Definição legal	16
4.2 Tipos de operadores	16
4.3 Responsabilidade	17
4.4 Exemplos	17
5. SUBOPERADOR.....	18
5.1 Definição legal	18
5.2 Exemplos	20
6. ENCARREGADO.....	22
6.1 Definição legal	22
6.2 Atribuições do encarregado.	23
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	23

APRESENTAÇÃO

1. A publicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), qual seja, a Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, representa um marco ao dispor sobre o seu tratamento por pessoas físicas e jurídicas, ao apresentar conceitos e ao buscar estruturar nacionalmente um sistema efetivo de proteção de dados pessoais. Ao mesmo tempo, a LGPD deixa espaços para interpretações e regulamentação pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), a quem incumbe zelar pelos dados pessoais, bem como regulamentar a LGPD e o seu *enforcement*.
2. Dos assuntos que têm suscitado dúvidas destacam-se o conceito e os aspectos relacionados aos agentes de tratamento, quais sejam, o controlador e o operador, bem como sobre o encarregado. Assim, com base nas atribuições institucionais da ANPD decorrentes do art. 55-J, VI e VII¹, da LGPD, e considerando a necessidade de esclarecimentos a respeito de conceitos para a atuação de organizações públicas e privadas no tratamento de dados pessoais, foi elaborado o *'Guia Orientativo para a Definição dos Agentes de Tratamento e do Encarregado'*.
3. O presente guia orientativo busca estabelecer diretrizes não-vinculantes aos agentes de tratamento e explicar quem pode exercer a função do controlador, do operador e do encarregado²; as definições legais; os respectivos regimes de responsabilidade; casos concretos que exemplificam as explicações da ANPD e as perguntas frequentes sobre o assunto.
4. Destaca-se que a versão publicada está sujeita a comentários e contribuições pela sociedade civil de forma contínua por meio do e-mail normatizacao@anpd.gov.br e que o guia será atualizado à medida que novas regulamentações e entendimentos forem publicados e estabelecidos pela ANPD.

1. AGENTES DE TRATAMENTO. Quem pode ser considerado agente de tratamento?

5. São agentes de tratamento³ o controlador e o operador de dados pessoais⁴, os quais podem ser pessoas naturais ou jurídicas, de direito público ou privado⁵. Ressalta-se que os agentes de tratamento devem ser definidos a partir de seu caráter institucional. Não são considerados controladores (autônomos ou conjuntos) ou operadores os indivíduos subordinados, tais como os funcionários, os servidores públicos ou as equipes de trabalho de uma organização, já que atuam sob o poder diretivo do agente de tratamento.

¹ Art. 55-J - Compete à ANPD:

VI - promover na população o conhecimento das normas e das políticas públicas sobre proteção de dados pessoais e das medidas de segurança; VII - promover e elaborar estudos sobre as práticas nacionais e internacionais de proteção de dados pessoais e privacidade;

² Art. 5º, VIII, da LGPD.

³ Os agentes de tratamento são os responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais, sujeitos às regras da LGPD e à fiscalização da ANPD. O controlador é quem toma as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais e o operador, aquele que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

⁴ Art. 5º, IX, da LGPD.

⁵ Art. 5º, VI e VII, da LGPD.

6. No contexto de uma pessoa jurídica, a organização é o agente de tratamento para os fins da LGPD, já que é esta que estabelece as regras para o tratamento de dados pessoais, a serem executadas por seus representantes ou prepostos.
7. Mas, além disso, o agente de tratamento é definido para cada operação de tratamento de dados pessoais, portanto, a mesma organização poderá ser controladora e operadora, de acordo com sua atuação em diferentes operações de tratamento.
8. Conforme se verificará adiante, pessoas naturais podem ser consideradas controladoras ou operadoras de dados pessoais. Serão controladoras quando atuarem de acordo com os próprios interesses, com poder de decisão sobre as finalidades e os elementos essenciais de tratamento. Serão operadoras quando atuarem de acordo com os interesses do controlador, sendo-lhes facultada apenas a definição de elementos não essenciais à finalidade do tratamento. O operador deve ser uma entidade distinta do controlador⁶, isto é, que não atua como profissional subordinado a este ou como membro de seus órgãos.
9. Por outro lado, os funcionários atuarão em subordinação às decisões do controlador, não se confundindo, portanto, com os operadores de dados pessoais.

Funcionário do agente de tratamento: atua com subordinação (em representação do agente)

X

Operador: atua de acordo com os interesses e finalidades definidos pelo controlador

10. A título exemplificativo, uma empresa decide enviar propagandas aos seus clientes com a finalidade de alavancar as vendas de determinado produto. Para isso, contrata agência de publicidade, que elaborará a campanha de marketing com fotos de pessoas utilizando o produto. A empresa informa todos os critérios para a campanha, tais como o público-alvo e estabelece os critérios de como deve ser a aparência física dos modelos fotográficos. A agência de publicidade trata dados pessoais para prestar o serviço para a empresa, ao selecionar modelos fotográficos e armazenar as fotos desses titulares. Após a conclusão do serviço pela agência, o funcionário da empresa envia as propagandas aos clientes.
11. Neste exemplo a empresa atua como controlador, ao determinar o tratamento de dados e definir os seus elementos essenciais. A agência de publicidade atua como operadora ao tratar dados conforme a finalidade do tratamento definida pelo controlador. E o funcionário, ao enviar os e-mails para os clientes, atua sob o poder diretivo da empresa e não se caracteriza como agente de tratamento.

⁶ O art. 29 do Regulamento Geral sobre Proteção de Dados (RGPD) da União Europeia traz a diferença entre operador e “qualquer pessoa que, agindo sob a autoridade (...)”.

2. CONTROLADOR

2.1. Definição legal

12. O controlador é o agente responsável por tomar as principais decisões referentes ao tratamento de dados pessoais e por definir a finalidade deste tratamento. Entre essas decisões, incluem-se as instruções fornecidas a operadores contratados para a realização de um determinado tratamento de dados pessoais.

13. A definição legal de controlador se encontra no art. 5º, VI, da LGPD:

Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais

14. O conceito possui elevada importância prática, uma vez que a LGPD atribui obrigações específicas ao controlador, como a de elaborar relatório de impacto à proteção de dados pessoais (art. 38⁷), a de comprovar que o consentimento obtido do titular atende às exigências legais (art. 8º, § 2º⁸) e a de comunicar à ANPD a ocorrência de incidentes de segurança (art. 48). Além disso, a atribuição de responsabilidades em relação à reparação por danos decorrentes de atos ilícitos é distinta de acordo com a qualificação do agente de tratamento, isto é, se controlador ou operador, conforme o disposto nos arts. 42 a 45.

15. Vale mencionar ainda que os direitos dos titulares (art. 18) são, em regra, exercidos em face do controlador, a quem compete, entre outras providências, fornecer informações relativas ao tratamento, assegurar a correção e a eliminação de dados pessoais, receber requerimento de oposição a tratamento. O titular dos dados pode, ainda, peticionar contra o controlador perante a ANPD, o que denota a relevância da compreensão do conceito não só para os profissionais da área, mas também para o cidadão comum.

16. A identificação do controlador deve partir do conceito legal e dos parâmetros auxiliares indicados neste Guia, sempre considerando o contexto fático e as circunstâncias relevantes do caso. O papel de controlador pode decorrer expressamente de obrigações estipuladas em instrumentos legais e regulamentares ou em contrato firmado entre as partes. Não obstante, a efetiva atividade desempenhada por uma organização pode se distanciar do que estabelecem as disposições jurídicas formais, razão pela qual é de suma importância avaliar se o suposto controlador é, de fato, o responsável pelas principais decisões relativas ao tratamento.⁹

⁷ Art. 38. A autoridade nacional poderá determinar ao controlador que elabore relatório de impacto à proteção de dados pessoais, inclusive de dados sensíveis, referente a suas operações de tratamento de dados, nos termos de regulamento, observados os segredos comercial e industrial.

⁸ Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular.

(...)

§ 2º Cabe ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto nesta Lei.

⁹ Nesse sentido são as orientações do *European Data Protection Board - EDPB*: “os conceitos de controlador e operador são funcionais: eles visam alocar responsabilidades de acordo com os papéis reais das partes. Isso implica que o status legal de um ator como ‘controlador’ ou ‘operador’ deve, em princípio, ser determinado por suas ações concretas em uma determinada situação, ao invés da designação formal como sendo um ‘controlador’ ou ‘operador’

2.2. Controlador pessoa jurídica

17. Na maioria das vezes, o controlador será uma **pessoa jurídica**, seja de direito privado ou de direito público. É o que ocorre, por exemplo, quando sociedades empresárias ou entidades públicas tomam as principais decisões a respeito do armazenamento, da eliminação ou do compartilhamento de informações que integram um banco de dados pessoais que é gerido no âmbito da organização.

De acordo com o Código Civil, as pessoas jurídicas de direito privado podem ser:

(a) entidades sem fins lucrativos, como as associações, fundações, organizações religiosas, sindicatos e partidos políticos; ou

(b) entidades com fins lucrativos, como as sociedades empresárias ou simples, as cooperativas e a EIRELI (Empresa Individual de Responsabilidade Limitada).

Já as pessoas jurídicas de direito público interno são os entes federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), além de entidades da administração pública, a exemplo de autarquias e fundações públicas. Estados estrangeiros e organismos internacionais são pessoas jurídicas de direito público externo.

Portanto, todas essas entidades podem ser consideradas como controladoras para fins da LGPD.

18. Daí decorre que **não são controladoras as pessoas naturais que atuam como profissionais subordinados a uma pessoa jurídica ou como membros de seus órgãos**. É o caso de empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta. Nesse sentido, a definição legal de controlador não deve ser entendida como uma norma de distribuição interna de competências e responsabilidades. De forma diversa, trata-se de comando legal que atribui obrigações específicas à pessoa jurídica, de modo que esta assume a responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes e prepostos em face dos titulares e da ANPD.

2.3. Controlador pessoa jurídica de direito público

19. Situação peculiar é a das pessoas jurídicas de direito público, cujas competências decisórias são distribuídas internamente entre diferentes órgãos públicos. É o que ocorre, por exemplo, com a União (pessoa jurídica de direito público) e os Ministérios (órgãos públicos despersonalizados que integram a União e realizam tratamento de dados pessoais conforme o previsto na legislação).

20. Nesses casos, deve-se considerar dois aspectos centrais. De um lado, conforme o art. 5º, VI, da LGPD, **o controlador é a União, pessoa jurídica de direito público** que, em última análise,

(por exemplo, em um contrato).” (tradução livre). *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*. set. 2020, p. 9. Disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf. Acesso: 12 mar. 2021.

é a responsável pelas obrigações decorrentes da lei, de instrumentos contratuais ou de atos ilícitos praticados pelos seus órgãos e servidores.

21. **De outro lado, a LGPD atribuiu aos órgãos públicos obrigações típicas de controlador**, indicando que, no setor público, essas obrigações devem ser distribuídas entre as principais unidades administrativas despersonalizadas que integram a pessoa jurídica de direito público e realizam tratamento de dados pessoais.

22. Nesse sentido, a União, como controladora, é a responsável perante a LGPD, mas as atribuições de controlador, por força da desconcentração administrativa, **são exercidas pelos órgãos públicos que desempenham funções em nome da pessoa jurídica da qual fazem parte**, fenômeno que caracteriza a distribuição interna das competências. É o que se verifica nas hipóteses de uso compartilhado de dados pessoais (art. 26¹⁰), de atendimento às exigências da ANPD (art. 29¹¹) e de aplicação de sanções administrativas (art. 52, § 3º¹²).

23. No mesmo sentido, ressalta-se que **os órgãos públicos devem cumprir os deveres de transparência e de nomeação de encarregado (pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares de dados e a ANPD)**, pois além de atuarem em nome da pessoa jurídica da qual fazem parte, tais obrigações decorrem expressamente da LGPD (art. 23, I e III).¹³

24. Por fim, acrescente-se que tais órgãos devem estabelecer estruturas adequadas para receber requerimentos de titulares e solicitações de providências determinadas pela ANPD.

25. Considere o seguinte exemplo: em uma contratação de uma solução de computação em nuvem de uma empresa por um determinado Ministério do Poder Executivo a controladora é a União, mas é o Ministério, na condição de órgão público federal, que exercerá as funções típicas do controlador. Por sua vez, o operador será a empresa contratada. Por exercer funções típicas de controlador, cabe ao Ministério designar um encarregado, bem como realizar notificações à ANPD em casos de incidentes de segurança, dentre outras obrigações previstas na LGPD. No

¹⁰ Art. 26. O uso compartilhado de dados pessoais pelo Poder Público deve atender a finalidades específicas de execução de políticas públicas e atribuição legal pelos órgãos e pelas entidades públicas, respeitados os princípios de proteção de dados pessoais elencados no art. 6º desta Lei.

¹¹ Art. 29. A autoridade nacional poderá solicitar, a qualquer momento, aos órgãos e às entidades do poder público a realização de operações de tratamento de dados pessoais, informações específicas sobre o âmbito e a natureza dos dados e outros detalhes do tratamento realizado e poderá emitir parecer técnico complementar para garantir o cumprimento desta Lei.

¹² Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (...) § 3º O disposto nos incisos I, IV, V, VI, X, XI e XII do caput deste artigo poderá ser aplicado às entidades e aos órgãos públicos, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

¹³ Ao estabelecer requisitos específicos para o tratamento de dados pessoais pelo Poder Público, o art. 23 da LGPD menciona 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)”. Este dispositivo, por sua vez, em seu inciso I, refere-se aos “órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público”. Vale mencionar, ainda, que a Instrução Normativa SGD/ME nº 117, de 19 de novembro de 2020, prevê expressamente que órgãos públicos federais devem indicar um encarregado.

entanto, caso um titular de dados decida ajuizar uma ação judicial, questionando o tratamento realizado, deverá ingressar contra o controlador, que é a União.

26. Em suma, a atribuição de obrigações legais específicas para os órgãos públicos decorre da complexidade das estruturas administrativas e de suas implicações práticas para os direitos dos titulares, em especial diante da realização de tratamento de dados para finalidades distintas pelos diferentes órgãos. Por isso, além de definir a pessoa jurídica de direito público como controladora, a LGPD também atribuiu obrigações legais específicas para os diversos órgãos públicos que realizam tratamento de dados pessoais.

27. Assim, em conclusão: nas operações de tratamento de dados pessoais conduzidas por órgãos públicos despersonalizados **a pessoa jurídica de direito público a que os órgãos sejam vinculados é a controladora dos dados pessoais e, portanto, responsável pelo cumprimento da LGPD.**

28. **Contudo, em razão do princípio da desconcentração administrativa, o órgão público despersonalizado desempenhará funções típicas de controlador de dados, de acordo com as obrigações estabelecidas na LGPD.**

29. **Essa conclusão refere-se apenas à Administração Pública direta, já que a administração indireta segue o regramento de pessoa jurídica estabelecido pela LGPD.**

2.4. Controlador pessoa natural

30. Uma pessoa natural poderá ser controladora nas situações em que é a responsável pelas principais decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Nessa hipótese, a pessoa natural age de forma independente e em nome próprio – e não de forma subordinada a uma pessoa jurídica ou como membro de um órgão desta.

31. É o que ocorre, por exemplo, com os empresários individuais, os profissionais liberais (como advogados, contadores e médicos) e os responsáveis pelas serventias extrajudiciais.¹⁴

2.5. Decisões do controlador

32. De acordo com o disposto na LGPD, o controlador é o responsável por tomar as “decisões referentes ao tratamento de dados pessoais” (art. 5º, VI).

33. Extrai-se dessa disposição legal que o tratamento não precisa ser realizado diretamente pelo controlador. Muito embora o controlador também trate dados pessoais, o elemento distintivo é o **poder de decisão**, admitindo-se que o controlador forneça instruções para que um terceiro (“operador”) realize o tratamento em seu nome (art. 5º, VII; art. 39).

34. O segundo ponto relevante é a **desnecessidade de que todas as decisões sejam tomadas pelo controlador**, bastando apenas que este mantenha sob sua influência e controle as principais decisões, isto é, aquelas relativas aos **elementos essenciais para o cumprimento da finalidade do tratamento**. De fato, especialmente quando há a contratação de um operador, é usual e legítimo que parte das decisões a respeito do tratamento, limitadas aos seus elementos não

¹⁴ Os notários e os oficiais de registro são designados como titulares das serventias extrajudiciais após aprovação em concurso público, atuando na condição de pessoa natural como delegatários do Poder Público. Por tal razão, a LGPD prevê que terão tratamento similar ao dispensado às pessoas jurídicas de direito público (art. 23, § 4º).

essenciais, fique sob a alçada do operador. A título de exemplo, podem ser mencionados a escolha dos *softwares* e equipamentos que serão utilizados e o detalhamento de medidas de prevenção e segurança.

35. O terceiro ponto a ser considerado diz respeito à definição dos elementos decisórios que se caracterizam como “principais” ou “essenciais” e que, por isso, devem permanecer sob o domínio do controlador. Dentre esses elementos decisórios principais, destaca-se a definição da **finalidade do tratamento**, que será sempre estabelecida pelo controlador, a quem compete, em conformidade com as disposições da LGPD, estipular os objetivos que justificam a realização do tratamento, bem como a sua respectiva base legal. Considere os seguintes exemplos de decisões do controlador, segundo a finalidade do tratamento: utilização de dados pessoais para o pagamento de empregados, a realização de uma pesquisa com clientes, a promoção de uma campanha de marketing, o armazenamento seguro de informações ou a emissão de passagens aéreas.

36. Por fim, além da finalidade, o controlador é o responsável por estabelecer outros elementos essenciais relativos ao tratamento. É o caso da definição da **natureza dos dados pessoais tratados** (por exemplo, dados de beneficiários de plano de saúde ou de pessoas cadastradas em banco de dados oficial) e da **duração do tratamento**, isto é, do período durante o qual será realizada a operação, incluindo o estabelecimento de prazo para a eliminação dos dados.¹⁵ Vale ressaltar que outros elementos podem ser considerados essenciais a depender do contexto e das peculiaridades do caso concreto.

2.6 Exemplos

37. A seguir, alguns exemplos que demonstram quem pode assumir o papel de controlador a depender do cenário.

Exemplo 1 - Médica profissional liberal

Uma médica, profissional liberal, armazena os prontuários e os demais dados pessoais de seus pacientes no computador de seu consultório. A médica, pessoa natural, é a controladora dos dados pessoais.

Exemplo 2 - Médica empregada de um hospital

Uma médica é empregada de um hospital, constituído sob a forma de associação civil sem fins lucrativos. Nessa condição, atua como principal representante do hospital junto a um serviço de armazenamento de dados de pacientes em nuvem, inclusive assinando os contratos correspondentes. O hospital, isto é, a associação civil, pessoa jurídica de direito privado, é o controlador na hipótese. A médica, por atuar sob o poder diretivo da organização, não se caracteriza como agente de tratamento.

¹⁵ Nesse sentido, ver EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR. set. 2020, p. 13-15. Disponível em https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf. Acesso: 12 mar. 2021.

Exemplo 3 - Órgão público contratante de um serviço de inteligência artificial

Um órgão público, vinculado à União, contrata uma solução de inteligência artificial fornecida por uma sociedade empresária com a finalidade específica de realizar o tratamento automatizado de decisões com base em um banco de dados gerido pelo órgão. Seguindo as instruções fornecidas pelo gestor público responsável e estabelecidas em contrato, a sociedade empresária realiza as operações necessárias para viabilizar o tratamento dos dados em questão. A União, pessoa jurídica de direito público, é a controladora na hipótese. Não obstante, o órgão público responsável detém obrigações legais específicas em face dos titulares e da ANPD, conforme previsto na LGPD. A sociedade empresária é a operadora, uma vez que realiza o tratamento dos dados conforme as instruções fornecidas pelo controlador. Por fim, o gestor público responsável, por atuar como servidor público subordinado à União, não se caracteriza como agente de tratamento.

3. CONTROLADORIA CONJUNTA E CONTROLADORIA SINGULAR

3.1 Diferença – definição de finalidades e elementos essenciais em conjunto.

38. A depender do contexto, uma mesma operação de tratamento de dados pessoais pode envolver mais de um controlador. Conforme a LGPD, art. 42, §1º, II, quando mais de um controlador estiver diretamente envolvido no tratamento do qual decorram danos ao titular de dados, estes responderão de forma solidária, à exceção das hipóteses previstas no art. 43.

39. Assim, embora a LGPD não explicita o conceito de controladoria conjunta, é possível inferir que ele está contemplado no sistema jurídico de proteção de dados. A definição das funções dos controladores conjuntos implica consequências no que diz respeito às funções dos agentes de tratamento e aos direitos dos titulares.

40. Considerando a inspiração da LGPD no direito europeu, é possível buscar nessa última norma, para esclarecimento, a definição de controladoria conjunta (art. 26 do RGPD):

Quando dois ou mais responsáveis pelo tratamento determinem conjuntamente as finalidades e os meios desse tratamento, ambos são responsáveis conjuntos pelo tratamento. Estes determinam, por acordo entre si e de modo transparente as respectivas responsabilidades pelo cumprimento do presente regulamento, nomeadamente no que diz respeito ao exercício dos direitos do titular dos dados e aos respetivos deveres de fornecer as informações referidas nos artigos 13º e 14º, a menos e na medida em que as suas responsabilidades respectivas sejam determinadas pelo direito da União ou do Estado-Membro a que se estejam sujeitos. O acordo pode designar um ponto de contacto para os titulares dos dados.

41. Para o regulamento europeu, a controladoria conjunta ocorre quando há uma "participação conjunta" na determinação de "finalidades e meios de tratamento". Conforme o

Comitê Europeu de Proteção de Dados (EDPB), a finalidade do tratamento pode ocorrer a partir de decisões comuns ou convergentes.¹⁶

42. Nas **decisões comuns**, duas ou mais entidades possuem uma intenção comum sobre as finalidades e meios de tratamento e tomam decisões em conjunto. Em contrapartida, nas **decisões convergentes** existem decisões distintas sendo tomadas, porém elas se complementam de tal forma que o tratamento não seria possível sem a participação de ambos os controladores.

43. Entretanto, ainda que o mesmo conjunto de dados seja tratado, não haverá controladoria conjunta se os objetivos do tratamento forem distintos. Por exemplo, diversos controladores podem tratar dados abertos do governo, cada um para suas finalidades específicas. Se estas finalidades não forem comuns, convergentes ou complementares, ambos serão controladores singulares em relação ao tratamento de dados e a controladoria conjunta não estará estabelecida, o que afastaria a incidência do art. 42, §1º, II, da LGPD.

44. Assim como na controladoria singular, os controladores conjuntos são capazes de determinar os elementos essenciais do tratamento. Essa decisão é tomada de maneira coletiva, mas não há a necessidade de que cada controlador determine todos os elementos envolvidos em uma operação de tratamento para que a controladoria conjunta se estabeleça.

45. Cabe, contudo, frisar, que a identificação da controladoria conjunta será contextual e apenas o caso concreto permitirá identificar em que casos a controladoria conjunta foi estabelecida. Uma vez que se configure, a responsabilidade dos controladores será solidária, nos termos do art. 42, §1º, II, o que reforça a importância de que todos estejam em conformidade com a LGPD.

46. Assim, ao adaptar a concepção europeia para o cenário da LGPD, pode-se entender o conceito de controladoria conjunta como **“a determinação conjunta, comum ou convergente, por dois ou mais controladores, das finalidades e dos elementos essenciais para a realização do tratamento de dados pessoais, por meio de acordo que estabeleça as respectivas responsabilidades quanto ao cumprimento da LGPD”**.

3.2 Como avaliar se há controladoria conjunta

47. Em resumo, verifica-se a existência de controladoria conjunta quando os seguintes critérios forem observados:

1. Mais de um controlador possui poder de decisão sobre o tratamento de dados pessoais;
2. Há interesse mútuo de dois ou mais controladores, com base em finalidades próprias, sobre um mesmo tratamento; e
3. Dois ou mais controladores tomam decisões comuns ou convergentes sobre as finalidades e elementos essenciais do tratamento.

¹⁶ EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, set. 2020. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf> Acesso: 12 mar. 2021.

48. Todos os critérios acima deverão ser observados para que a existência da controladoria conjunta seja reconhecida.

3.3 Exemplos

Exemplo 4 – Uso de dados abertos disponibilizados por Agência Reguladora

Agência Reguladora disponibiliza acesso público aos dados relativos às outorgas dos serviços regulados, incluindo informações de pessoas naturais sócias de prestadoras. A base de dados é armazenada pela própria Agência e utilizada para subsidiar decisões administrativas. Organização da Sociedade Civil tem acesso aos dados disponibilizados pela Agência e efetua, com base em solução de inteligência artificial, cruzamento com outras bases de dados visando à realização de ações de controle social de entidades e agentes públicos. Sociedade Empresária também trata os dados em questão, visando, porém, fornecer serviços de consultoria aos agentes do setor regulado.

Embora a mesma base de dados seja utilizada pelas três entidades (Agência Reguladora, Organização da Sociedade Civil e Sociedade Empresária), cada uma dessas organizações é responsável e responde pelos respectivos tratamentos realizados. Neste contexto, não há controladoria conjunta pois o tratamento de dados ocorre no âmbito das atividades e das finalidades definidas por cada organização.

Exemplo 5 – Campanha de marketing de empresas I: decisões comuns

As empresas ARGENTINA e BRASIL lançaram um produto de marca conjunta COSMÉTICO e desejam organizar um evento para promover este produto. Para esse fim, decidem compartilhar dados de seus respectivos clientes e banco de dados de clientes potenciais e decidir sobre a lista de convidados para o evento com base nesses dados. Eles também concordam sobre as modalidades de envio dos convites para o evento, como coletar feedback durante os eventos e sobre as ações de marketing de acompanhamento. Por fim, contratam a agência de marketing DINAMARCA para executar a campanha. A agência traz sugestões de como os clientes poderiam ser mais bem alcançados e define os canais, ferramentas e produtos da campanha.

As empresas ARGENTINA e BRASIL podem ser consideradas controladores conjuntos para o tratamento de dados pessoais relacionados com a organização do evento e promoção do produto da marca COSMÉTICO, por terem definido, em conjunto, a finalidade e os elementos essenciais dos dados tratados nesse contexto.

Já a agência de marketing DINAMARCA atuará como operadora de dados para as empresas ARGENTINA e BRASIL. Ainda que opine sobre os meios de tratamento, ela não é a responsável pela tomada de decisão final, limitando-se a definir elementos não essenciais como os canais, ferramentas e produtos da campanha.

Caso a agência de marketing DINAMARCA contrate serviços de terceiros de armazenamento de dados em nuvem, por exemplo, essa empresa prestadora de serviços será caracterizada como suboperadora.

Exemplo 6 - Campanha de marketing de empresas II: decisões autônomas

Considere-se agora que a campanha descrita no exemplo anterior foi tão bem-sucedida que, em um segundo momento, a empresa ARGENTINA contrata a agência de marketing DINAMARCA para divulgar seus produtos ESPELHO e FACA. Pouco tempo depois, a empresa BRASIL toma a mesma decisão para divulgação dos produtos GARRAFA e HALTERE. Ambas as empresas passam a usar a lista de clientes que haviam compartilhado anteriormente.

Nesta situação, que envolve a divulgação de produtos produzidos exclusivamente pela empresa ARGENTINA ou pela empresa BRASIL, estas atuarão como controladores singulares, cada uma atuando em suas próprias campanhas. A agência de marketing DINAMARCA continuará como operadora de dados para cada empresa.

Exemplo 7 – Campanha de marketing de empresas III: matriz e filial

A empresa XRAY prestadora de serviços por meio de plataforma digital possui sede no Reino Unido. Em razão da necessidade de efetuar o marketing de seus serviços e de obter mais conhecimento sobre os interesses do público brasileiro, abre a filial YANKEE no Brasil, que atua somente conforme suas orientações.

Apesar de fazerem parte do mesmo grupo econômico, a empresa matriz XRAY e a filial brasileira YANKEE possuem personalidades jurídicas distintas e, a depender do tipo de operação de tratamento de dados pessoais e das circunstâncias do caso concreto, podem atuar como controladoras ou operadoras, de acordo com o caso concreto.

No tratamento de dados para a campanha de marketing realizada pela filial brasileira YANKEE, com a decisão sobre a finalidade e os elementos essenciais foram estabelecidos pela matriz (dados dos titulares determinados para campanha de marketing com a finalidade de alavancar as vendas dos serviços, por determinado período). Nesse caso, a filial brasileira YANKEE é a operadora de dados. Isso ocorre porque realiza o tratamento de dados exclusivamente conforme as instruções da empresa XRAY, as quais foram definidas em instrumento contratual firmado entre as partes.

Já com relação ao tratamento de dados de seus funcionários, ao processar a folha de pagamento, por exemplo, a filial brasileira YANKEE será considerada a controladora dos dados.

Por outro lado, caso a matriz XRAY e a filial brasileira YANKEE desenvolvam um novo serviço para o público brasileiro, definindo em conjunto as finalidades e os elementos essenciais do tratamento, atuarão como controladoras conjuntas em relação a essa operação.

4. OPERADOR

4.1 Definição legal

49. O operador é o agente responsável por realizar o tratamento de dados em nome do controlador e conforme a finalidade por este delimitada. A definição legal se encontra no art. 5º, inciso X da LGPD:

Pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador

50. Nesse mesmo sentido é a previsão do art. 39 da LGPD:

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.

51. A previsão acima implica dizer que o operador só poderá tratar os dados para a finalidade previamente estabelecida pelo controlador. Isso demonstra a **principal diferença entre o controlador e operador, qual seja, o poder de decisão: o operador só pode agir no limite das finalidades determinadas pelo controlador.**

52. Cabe destacar, ainda, algumas das obrigações do operador: (i) seguir as instruções do controlador; (ii) firmar contratos que estabeleçam, dentre outros assuntos, o regime de atividades e responsabilidades com o controlador; (iii) dar ciência ao controlador em caso de contrato com suboperador.

53. O conceito e o escopo de atuação do operador indicam, também, a importância das definições contratuais para a relação entre controlador e operador. Ainda que a LGPD não determine expressamente que o controlador e o operador devam firmar um contrato sobre o tratamento de dados, tal ajuste se mostra como uma boa prática de tratamento de dados, uma vez que as cláusulas contratuais impõem limites à atuação do operador, fixam parâmetros objetivos para a alocação de responsabilidades entre as partes e reduzem os riscos e as incertezas decorrentes da operação.

54. Os pontos que podem ser definidos contratualmente são o objeto, a duração, a natureza e a finalidade do tratamento dos dados, os tipos de dados pessoais envolvidos e os direitos e obrigações e responsabilidades relacionados ao cumprimento da LGPD.

55. Por fim, dentro do escopo de atuação do operador, importa dizer que ele pode definir elementos não essenciais do tratamento, como medidas técnicas.

4.2 Tipos de operadores

56. De acordo com a LGPD, pessoas físicas e jurídicas de direito público e privado podem atuar como operadoras. Na maior parte das vezes, o operador é uma pessoa jurídica, que é contratada pelo controlador para realizar o tratamento de dados, conforme as instruções deste

último. Contudo, não há óbices para que uma pessoa natural contratada como prestadora de serviços para uma finalidade específica possa ser considerada operadora de dados.

57. Em caso de pessoa jurídica, importa destacar que a organização ou empresa é entendida como agente de tratamento, de forma que seus funcionários apenas a representam. Assim como explicado no tópico 2.2 e de forma análoga à definição de controlador, a definição legal de operador também não deve ser entendida como uma norma de distribuição interna de competências e responsabilidades.

58. Nesse cenário, empregados, administradores, sócios, servidores e outras pessoas naturais que integram a pessoa jurídica e cujos atos expressam a atuação desta não devem ser considerados operadores, tendo em vista que **o operador será sempre uma pessoa distinta do controlador, isto é, que não atua como profissional subordinado a este ou como membro de seus órgãos.**

4.3 Responsabilidade

59. Muito embora o controlador tenha a principal responsabilidade e o operador deva atuar em nome dele, o art. 37 da LGPD determina que ambos partilham obrigações e, conseqüentemente, a responsabilidade de manter o registro das operações de tratamento. Além disso, nos termos do art. 42 da LGPD, ambos possuem a obrigação de reparação se causarem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo a outrem, no âmbito de suas respectivas esferas de atuação.

60. No entanto, cabe ressaltar que, via de regra, as obrigações e responsabilidades do controlador e do operador são distintas, pois são determinadas de acordo com o papel exercido por cada um no âmbito do tratamento dos dados pessoais. Assim, a responsabilidade solidária estabelecida pelo inciso I, § 1º do art. 42 da LGPD, prevista para os casos de danos causados em razão do tratamento irregular realizado por operador (por descumprir as obrigações da legislação ou por não observar as instruções do controlador), pode ser considerada como uma excepcionalidade, já que em regra a responsabilidade é do controlador. A princípio, essa é a única hipótese em que o operador é equiparado ao controlador.

4.4 Exemplos

Exemplo 8 - E-commerce

Em um canal de venda online de livros, que conta com diversas formas de pagamento, o canal que realiza a venda é o controlador dos dados pessoais, enquanto cada serviço de pagamento disponível será um operador diferente, como, por exemplo, a empresa de cartão de crédito, uma *fintech*, o banco em caso de transferência bancárias, dentre outros. O operador dessa transação, seja ele qual for, não poderá utilizar os dados fornecidos para novas finalidades que não aquelas determinadas pelo controlador.

Exemplo 9 - Call center

A empresa XRAY tem sob sua responsabilidade os dados de seus clientes e repassa para uma empresa terceirizada de *call center*, ZULU, que recebe as informações. A empresa XRAY é a controladora e o *call center* terceirizado ZULU, o operador, que executará o tratamento de dados dos clientes a mando da empresa XRAY. Caso realize o tratamento de dados fora do que foi orientado pelo controlador, a empresa ZULU poderá ser responsabilizada.

Exemplo 10 - Servidores públicos

Uma autarquia, entidade da administração pública indireta, com personalidade jurídica própria, deseja utilizar um novo software para aprimorar o gerenciamento dos funcionários da instituição. Para isso, a Secretaria de Gestão Corporativa da entidade delega à Diretoria de Gestão de Pessoas (DGP) a tarefa de determinar os meios pelos quais este software será implementado. Após algumas reuniões, a DGP decide pela contratação da empresa terceirizada SIERRA para desenvolver o software em parceria com a equipe interna da Diretoria de Tecnologia da Informação (DTI).

Embora a delegação de decisão quanto aos meios para a DGP possa sugerir que essa diretoria atue como operadora de dados, esta não é a análise correta: como a DGP é uma unidade administrativa da autarquia, a delegação interna não altera o papel do agente de tratamento., uma vez que, como exposto, o operador será sempre pessoa distinta do controlador. O mesmo raciocínio se aplica para a DTI. Desse modo, a autarquia será a controladora de dados e a empresa SIERRA será a operadora de dados. A Secretaria e as Diretorias, assim como os seus respectivos servidores, são apenas unidades organizacionais do ente controlador de dados, razão pela qual não se caracterizam como agentes de tratamento.

5. SUBOPERADOR

5.1 Definição legal

61. Formalmente, a LGPD, no que se refere aos agentes de tratamento, definiu apenas as figuras do controlador e do operador (art. 5º, incisos VI, VII e IX), conforme trecho a seguir:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se:

VI - **controlador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

VII - **operador**: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

(...)

IX - **agentes de tratamento**: o controlador e o operador; (grifo nosso)

62. Muito embora não exista um conceito de suboperador na LGPD, o tema pode ser utilizado como parâmetro de análise para compreensão de cadeias mais complexas de tratamento de dados.

63. Isso porque a falta do conceito de suboperador na LGPD não impossibilita ou torna ilegal que ele exista ou que tenha funções, competências e responsabilidade no ambiente de proteção de dados pessoais brasileiro, principalmente porque pode desempenhar a função de operador em subordinação a outro operador. Dito isso, importa saber que **o suboperador é aquele contratado pelo operador para auxiliá-lo a realizar o tratamento de dados pessoais em nome do controlador**. A relação direta do suboperador é com o operador e não com controlador. Porém, independentemente dos arranjos institucionais entre operador e suboperador, para efeitos da LGPD, ambos podem desempenhar, a depender do caso concreto, a função de operador e responder perante a ANPD.

64. Considerando que o operador realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador, é de se supor que a relação entre eles esteja fundada na confiança. Nesse sentido, é recomendável que o operador, ao contratar o suboperador, obtenha autorização formal (genérica ou específica¹⁷) do controlador, a qual pode inclusive constar do próprio contrato firmado entre as partes. Tal medida visa evitar que se entenda que, ao contratar o suboperador, o operador tenha executado o tratamento de dados descumprindo orientações do controlador, o que poderia atrair para o operador responsabilidades que normalmente são exclusivas do controlador.¹⁸

Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

§ 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

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; (grifo nosso)

65. De maneira semelhante, o RGPD também não traz uma definição para o suboperador, limitando-se a definir o conceito de Operador (“Processor” em inglês/“Subcontratante” em português de Portugal) como consta no Artigo 4º do RGPD. Ainda assim, a redação dos itens 2 e 4 do artigo 28 do RGPD prevê expressamente a possibilidade de um subcontratante contratar outro subcontratante.

¹⁷ Como por exemplo, o controlador pode autorizar genericamente qualquer subcontratação de serviços técnicos, tais como armazenamento em nuvem. Por outro lado, a autorização específica se refere à determinada organização subcontratada para finalidade específica.

¹⁸ Em sentido similar, ver EDPB, Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, set. 2020, p. 39-40. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf> Acesso: 12 mar. 2021.

Artigo 28. - Subcontratante.

(...)

2. O subcontratante não contrata outro subcontratante sem que o responsável pelo tratamento tenha dado, previamente e por escrito, autorização específica ou geral. Em caso de autorização geral por escrito, o subcontratante informa o responsável pelo tratamento de quaisquer alterações pretendidas quanto ao aumento do número ou à substituição de outros subcontratantes, dando assim ao responsável pelo tratamento a oportunidade de se opor a tais alterações.

(...)

4. Se o subcontratante contratar outro subcontratante para a realização de operações específicas de tratamento de dados por conta do responsável pelo tratamento, são impostas a esse outro subcontratante, por contrato ou outro ato normativo ao abrigo do direito da União ou dos Estados-Membros, as mesmas obrigações em matéria de proteção de dados que as estabelecidas no contrato ou em outro ato normativo entre o responsável pelo tratamento e o subcontratante, referidas no nº 3, em particular a obrigação de apresentar garantias suficientes de execução de medidas técnicas e organizativas adequadas de uma forma que o tratamento seja conforme com os requisitos do presente regulamento. Se esse outro subcontratante não cumprir as suas obrigações em matéria de proteção de dados, o subcontratante inicial continua a ser plenamente responsável, perante o responsável pelo tratamento, pelo cumprimento das obrigações desse outro subcontratante

66. No que se refere às responsabilidades, o suboperador pode ser equiparado ao operador perante a LGPD em relação às atividades que foi contratado para executar. Ocorre, dessa forma, a ampliação da cadeia de responsabilidade solidária prevista no art. 42, §1º, I da LGPD.

5.2 Exemplos

Exemplo 11 - Subcontratação de serviço de armazenamento em nuvem

A empresa ALPHA deseja contratar uma pesquisa de mercado para alavancar suas vendas. Para isso, contrata a empresa de pesquisas BRAVO, que envia os resultados para a empresa ALPHA.

Com a autorização da empresa ALPHA, a empresa BRAVO contrata os serviços de armazenamento em nuvem da empresa CHARLIE.

A empresa ALPHA pode ser considerada controladora pois verifica-se que foram cumpridos os seguintes requisitos: i) a empresa A teve poder decisório em relação ao tratamento de dados; ii) os elementos essenciais do tratamento foram definidos pela empresa A: finalidade, titulares (por exemplo mulheres da faixa etária de 20 a 30 anos, residentes em Brasília/DF), tipos de dados (por exemplo nome, idade, endereço, preferência alimentar) etc.

Ainda que possa decidir quanto às técnicas a ser empregadas no processo de tratamento de dados para gerar os resultados da pesquisa, a empresa de pesquisas BRAVO realiza os tratamentos de

dados de acordo com a finalidade e as instruções determinadas pela empresa ALPHA, atuando, portanto, como operadora.

A empresa CHARLIE atua conforme diretrizes da empresa BRAVO e seria, portanto, suboperadora. É recomendável que BRAVO obtenha autorização formal de ALPHA para a subcontratação de CHARLIE.

Exemplo 12 – Ferramenta web e serviço de armazenagem

A empresa GOLF e suas filiais (aqui, grupo GOLF) passam a coletar dados cadastrais e de consumo de seus clientes. Todavia, a guarda e a coleta desses dados são realizadas com o uso de ferramenta web da empresa ECHO.

O grupo GOLF informou quais dados quer coletar, por quanto tempo pretende mantê-los e que tipo de processamento pretende fazer com esses dados, portanto, ele é controlador.

A empresa ECHO, por sua vez, toma algumas decisões técnicas sobre protocolos de acesso, de armazenagem, de backup, de proteção contra invasões, todas de acordo com as especificações de segurança exigidas pelo grupo GOLF. A empresa ECHO é operadora.

Esta mesma empresa ECHO, percebendo que o volume de dados a ser guardado é superior à capacidade de seus bancos de dados internos, com a autorização do grupo, contrata com a empresa FOXTROT um serviço de armazenagem. A empresa FOXTROT é uma suboperadora.

Exemplo 13 – Sorteio de loja

A loja KILO organiza um sorteio e, para concorrer, os clientes preenchem um cadastro com algumas informações pessoais. Os dados e a finalidade do tratamento foram definidos pela loja KILO, que é a controladora.

A guarda e a coleta desses dados são realizadas, por funcionários da loja KILO, no sistema da empresa LIMA. A empresa LIMA é a operadora.

Ao fim do período de inscrição, a loja KILO contrata a empresa OSCAR para realizar o sorteio usando os dados guardados pela empresa LIMA. A empresa OSCAR também é uma operadora, em função de sua relação direta com a controladora, a loja KILO.

6. ENCARREGADO

6.1 Definição legal

67. Conforme o artigo 41 da LGPD, o controlador de dados deverá indicar um encarregado pelo tratamento de dados pessoais. **O encarregado é o indivíduo responsável por garantir a conformidade de uma organização, pública ou privada, à LGPD.**

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

68. Ao contrário de outras legislações de proteção de dados estrangeiras, a LGPD não determinou em que circunstâncias uma organização deve indicar um encarregado. Assim, deve-se assumir, como regra geral, que toda organização deverá indicar uma pessoa para assumir esse papel.

69. Contudo, de acordo com o § 3º do art. 41, normativas futuras da ANPD poderão trazer hipóteses de dispensa da necessidade de indicação do encarregado, conforme a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados.

70. O artigo 41 da LGPD não faz distinção quanto a instituições públicas ou privadas e por isso é importante que ambas estejam cientes da sua obrigação de indicar um encarregado de dados. A esse respeito, o art. 23, III, reforça a necessidade de um encarregado ser indicado por órgãos e entidades públicas.

71. A LGPD também não distingue se o encarregado deve ser pessoa física ou jurídica, e se deve ser um funcionário da organização ou um agente externo. Considerando as boas práticas internacionais, o encarregado poderá ser tanto um funcionário da instituição quanto um agente externo, de natureza física ou jurídica. Recomenda-se que o encarregado seja indicado por um ato formal, como um contrato de prestação de serviços ou um ato administrativo.

72. Como boa prática, considera-se importante que o encarregado tenha liberdade na realização de suas atribuições. No que diz respeito às suas qualificações profissionais, estas devem ser definidas mediante um juízo de valor realizado pelo controlador que o indica, considerando conhecimentos de proteção de dados e segurança da informação em nível que atenda às necessidades da operação da organização.

73. Também é importante observar que a LGPD não proíbe que o encarregado seja apoiado por uma equipe de proteção de dados. Ao contrário, considerando as boas práticas, é importante que o encarregado tenha recursos adequados para realizar suas atividades, o que pode incluir recursos humanos. Outros recursos que devem ser considerados são tempo (prazos apropriados), finanças e infraestrutura.

74. Conquanto a LGPD não impeça que um mesmo encarregado atue em nome de diferentes organizações, é importante que ele seja capaz de realizar suas atribuições com eficiência. Assim, antes de indicar um encarregado, o controlador deve considerar se ele será mesmo capaz de atender às suas demandas e de outras organizações concomitantemente. A responsabilidade pelas atividades de tratamento de dados pessoais continua sendo do controlador ou do operador de dados, conforme estabelece o art. 42 da LGPD.

6.2 Atribuições do encarregado.

75. De acordo com o § 2º do art. 41, o encarregado possui as seguintes atribuições:

- 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.

76. Por agir como um ponto de contato com os titulares de dados e a ANPD, é importante que os detalhes de contato do encarregado de dados estejam facilmente acessíveis, nos termos do § 1º do art. 41 da LGPD:

A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.

77. Em alinhamento com o § 3º do art. 41, a ANPD poderá estabelecer normas complementares sobre a definição e atribuições do encarregado.

78. Ressalte-se que não há necessidade, tendo em vista a ausência de previsão legal ou regulamentar, de comunicação ou de registro da identidade e das informações de contato do encarregado perante a ANPD.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

79. O presente guia orientativo foi construído com o objetivo de trazer maior segurança aos titulares de dados e agentes de tratamento, sanando algumas das principais dúvidas que têm sido apresentadas à ANPD quanto aos papéis dos agentes de tratamentos e do encarregado.

80. Destaca-se, por fim, que o presente guia não substitui futuras regulamentações sobre os temas aqui elencados. Dessa forma, recomenda-se, como complemento ao guia, o acompanhamento das decisões da Autoridade.