

— ANÁLISE COMPARADA — LGPD E GDPR

ORGANIZADORES

LAURA SCHERTEL MENDES

GIOVANNA MILANESE

FELIPE ROCHA DA SILVA

TAYNÁ FROTA DE ARAÚJO

ISABELA MARIA ROSAL

PAULO RICARDO SANTANA

EDUARDA COSTA

ELIS BRAYNER

ANUÁRIO DO OBSERVATÓRIO DA LGPD DA
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

VOLUME 1

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília

Análise comparada entre elementos da LGPD e do
GDPR

Volume 1
Brasília-DF
2023



Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília: Análise comparada entre elementos da LGPD e do GDPR © 2023 by Observatório da LGPD/Unb is licensed under CC BY-NC-ND 4.0. To view a copy of this license, visit <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília: Análise comparada entre elementos da LGPD e do GDPR.

A responsabilidade pelos direitos autorais de textos e imagens desta obra é do Observatório da LGPD/Unb.

Para esclarecimentos sobre esta obra, entrar em contato com observatorio.lgpd.unb@gmail.com

Volume 1

Organização

Coordenação Geral: prof.^a Laura Schertel Mendes;

Coordenação Adjunta: Giovanna Milanese;

Coordenação de Pesquisa: Felipe Rocha e Tayná Frota de Araújo;

Revisão e Organização: Eduarda Costa Almeida, Elis Bandeira A. Brayner, Isabela Maria Rosal e Paulo Ricardo da Silva Santana.

Informações

Observatório da LGPD/Unb

Faculdade de Direito

Universidade de Brasília

Campus Universitário Darcy Ribeiro, CEP: 70.910-900, Brasília-DF, Brasil

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade de Brasília - BCE/UNB)

A636 Anuário do Observatório da LGPD da Universidade de Brasília [recurso eletrônico] : análise comparada entre elementos da LGPD e do GDPR / organização Laura Schertel Mendes ... [et al.]. - Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2024. 2 v.

Inclui bibliografia. Modo de acesso: World Wide Web.

ISBN 978-65-00-92398-8 (v. 1).

ISBN 978-65-00-92399-5 (v. 2).

1. Brasil. [Lei geral de proteção de dados pessoais (2018)]. 2. Universidade de Brasília. 3. Proteção de dados. 4. Direito comparado. I. Mendes, Laura Schertel (org.).

CDU 34

AUTORES

Ana Júlia Prezotti Duarte

Andressa Carvalho Pereira

Angélica Opata Vettorazzi

Gabriel de Araújo Oliveira

Gabriel Cabral Furtado

Eduarda Costa Almeida

Fernanda Passos Oppermann Ilzuka

Isabela de Araújo Santos

Júlia Carvalho Soub

Shana Schlottfeldt

Sofia de Medeiros Vergara

Paulo Ricardo da Silva Santana

Rafael Luís Müller Santos

Wanessa Larissa Silva de Araújo

REVISORES

A realização deste anuário contou com a significativa participação de revisores, que atuaram na avaliação e revisão dos artigos submetidos pelos pesquisadores do Observatório, fornecendo orientações e sugestões de melhoria. Oferecemos nosso mais sincero agradecimento pelas valiosas contribuições de cada um.

Ana Luísa Vogado de Oliveira

Angelo Prata de Carvalho

Davi Ory

Gabriel Fonseca

Isabela Maria Rosal Santos

Maria Cristine Lindoso

Matheus Vinicius Aguiar

Paula Baqueiro

Tainá Aguiar Junquilha

Thiago Guimarães Moraes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	6
<i>Felipe Rocha, Giovanna Milanese e Tayná Frota de Araújo</i>	
OS LIMITES DO EXERCÍCIO DO PRINCÍPIO DA FINALIDADE NA LGPD E NO RGPD	8
<i>Gabriel de Araújo Oliveira</i>	
O PRINCÍPIO DA NECESSIDADE NO ÂMBITO DA LGPD E DOA RGPD: TEORIA E PRÁTICA	23
<i>Gabriel Cabral Furtado</i>	
ANONIMIZAÇÃO DE DADOS PESSOAIS: UM ESTUDO À LUZ DA LGPD E DO RGPD	38
<i>Ana Júlia Prezotti Duarte</i>	
ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O ESCOPO MATERIAL DA LGPD E DO RGPD ...	56
<i>Eduarda Costa Almeida</i>	
O CONSENTIMENTO VÁLIDO NA INTERPRETAÇÃO DO RGPD E DA LGPD: UMA ANÁLISE ENTRE AS SIMILITUDES E DISPARIDADES ENTRE AMBAS AS LEGISLAÇÕES	73
<i>Isabela de Araújo Santos</i>	
USO DE DADOS POR ÓRGÃOS DE PESQUISA: UMA ÓTICA COMPARATIVA ENTRE A LGPD E O RGPD	89
<i>Fernanda Passos Oppermann Ilzuka</i>	
O LEGÍTIMO INTERESSE SOB AS LENTES BRASILEIRA E EUROPEIA	100
<i>Angélica Opata Vettorazzi</i>	
REVISÃO DE DECISÃO TOMADA COM BASE EM TRATAMENTO AUTOMATIZADO: PREOCUPAÇÕES E CONSIDERAÇÕES SOBRE A EFETIVAÇÃO DA TRANSPARÊNCIA PARA COBRIR A DISCRIMINAÇÃO ALGORÍTIMICA E O PROFILING	114
<i>Shana Schlottfeldt</i>	
OBRIGAÇÕES DOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS: INTERFACES ENTRE A REGULAÇÃO BRASILEIRA E EUROPEIA	137
<i>Sofia de Medeiros Vergara</i>	
SEGURANÇA DA INFORMAÇÃO NO TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS	155
<i>Paulo Ricardo da Silva Santana</i>	
ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS & DATA PROTECTION OFFICER (DPO): UM ESTUDO À LUZ DAS (PRÉ) CONCEPÇÕES BRASILEIRAS E CONCEPÇÕES EUROPEIAS	169

Rafael Luís Müller Santos

RELATÓRIO DE IMPACTO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO INSTRUMENTO ÚTIL DE ADEQUAÇÃO E GOVERNANÇA CONFORME A LGPD E O RGPD..... 185

Wanessa Larissa Silva de Araújo

LIMITES AO COMPARTILHAMENTO DE DADOS PESSOAIS ENTRE OS ENTES DO PODER PÚBLICO 204

Júlia Carvalho Soub

A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA: PERSPECTIVA COMPARADA ENTRE A INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DAS AUTORIDADES DE FISCALIZAÇÃO 221

Andressa Carvalho Pereira

**ENCARREGADO DE PROTEÇÃO DE DADOS & DATA PROTECTION OFFICER
(DPO): UM ESTUDO À LUZ DAS (PRÉ) CONCEPÇÕES BRASILEIRAS E
CONCEPÇÕES EUROPEIAS**

Rafael Luís Müller Santos¹

Dispositivo LGPD	Dispositivo RGPD
<p>Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.</p> <p>§ 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.</p> <p>§ 2º As atividades do encarregado consistem em:</p> <p>I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;</p> <p>II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências;</p> <p>III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e</p> <p>IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.</p> <p>§ 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</p>	<p>Art. 37 (Designação do encarregado da proteção de dados).</p> <p>Art. 37 (Posição do encarregado da proteção de dados).</p> <p>Art. 37 (Funções do encarregado da proteção de dados).</p>

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Assessor no Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Co-organizador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Jurisprudência e Constituição (GEPJuC). Integrante do Grupo de Estudos em Constituição, Empresa e Mercado (GECEM). Foi Editor-Gerente na Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília (RED|UnB) e Gerente de Projetos na Advocatta (Empresa Júnior de Direito da UnB)..

Introdução

O presente artigo visa realizar uma análise geral dos panoramas e diretrizes estabelecidos para a regulamentação e concretização dos cargos relativos ao Encarregado de Proteção de Dados (Brasil) e ao *Data Protection Officer* (EU).

Nesse sentido, serão analisados os dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados (artigo 41) e do *General Data Protection Regulation* (artigos 37, 38 e 40). Diferentemente do cenário europeu, que se encontra com diversas balizas já discutidas e concretizadas, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ainda não estabeleceu diretrizes aprofundadas sobre a figura do encarregado.

Dessa forma, a previsão normativa e discussões travadas na academia em face às dúvidas levantadas pelo mercado ainda se fazem com um dos principais pontos para estudo e aplicação, a qual é necessária de imediato tendo em vista a vigência total da norma já ser uma realidade e a obrigação de as entidades públicas e privadas promoverem adequações.

1. Lei Geral de Proteção de Dados e Autoridade Nacional de Proteção de dados: panorama atual

Em primeira análise, é de extrema relevância mencionar que o artigo 41 da Lei Geral de Proteção de Dados, assim como outros artigos da lei, deixam diversos fatores em aberto, que seriam interpretados nos casos concretos e com base nas diretrizes que serão implementadas pela ANPD.

Como será abordado posteriormente nos termos do recente *paper* “O Papel do(a) Encarregado(a) conforme a Lei Geral de Proteção de Dados”, a norma se fez a partir de um caráter consideravelmente lacônico. À primeira vista, o intérprete pode considerar que essa característica implica em grande imprevisibilidade e insegurança jurídica. Entretanto, diante da experiência e estudos europeus, a legislação de proteção de dados estrangeira, como um todo, demonstra um caráter extremamente rígido, que não abre espaço para adaptações concretas que muitas vezes se fazem necessárias.

A lei brasileira, ao deixar lacunas propositais que serão objeto de discussão e regulamentação pela autoridade de proteção de dados, permite uma flexibilidade para adaptação a depender do contexto da organização e uma melhor e mais efetiva proteção de dados no âmbito nacional.

Dessa forma, a norma brasileira é compreendida por cláusulas consideravelmente gerais. Essa criação se deve ao fato de o tema de proteção de dados, na lei, envolver diversas searas com realidades distintas; e, portanto, a necessidade de se postular diretrizes generalistas e permitir, além de análises caso a caso, a possibilidade de a ANPD regular assuntos específicos.

Nesse sentido, o momento inicial de recém-constituição em que a Autoridade se encontra representa alguns desafios para a cultura de proteção de dados no Brasil, tendo em vista que as organizações ainda apresentam muitas dúvidas em como se adequar à lei diante de suas diferentes realidades de aplicação.

Esse entendimento permanece válido quando se pensa no encarregado de proteção de dados. Dessa forma, apesar de as diretrizes e bases estarem bem consolidadas na Europa, esta não é uma realidade no Brasil. Nesse sentido, no presente artigo, serão abordadas as preconcepções que permeiam a figura do encarregado no aspecto nacional e as concepções europeias.

Vale ressaltar que o objetivo deste artigo, não é tão somente estabelecer semelhanças e diferenças entre as diretrizes nacionais e europeias, mas também analisar o contexto e cultura de proteção de dados em que estão inseridas. Dessa forma, convergências e divergências entre os dois dispositivos devem ser analisadas cuidadosamente, a fim de não proporcionar falsas perspectivas em relação à possibilidade de transferência de concepções internacionais ao Brasil, sem o devido olhar para a (consideravelmente diferente) realidade que se apresenta².

2. Encarregado de Proteção de Dados

O encarregado, diferentemente do controlador e operador, não é um agente de tratamento. É representado por uma figura responsável, em principal, por garantir a comunicação da organização com os titulares de dados e com a ANPD; e a conformidade dos agentes de tratamento à LGPD (promoção do *compliance*), que consiste na promoção da cultura de proteção de dados na organização.

Em dissonância com legislações internacionais que versam sobre proteção de dados, a LGPD não estabelece regras específicas em relação às circunstâncias necessárias para que o

² As balizas normativas devem ser analisadas com cuidado, para que não seja realizada transposição direta dos conceitos de outras jurisdições, o que nada adiantaria diante da realidade brasileira e suas singularidades.

controlador indique o encarregado. Dessa forma, entende-se que esse cargo, diante da falta de balizas de dispensa da ANPD (possibilidade prevista em lei), deve ser ocupado em todas as organizações que realizam tratamento de dados de pessoas físicas³.

Nessa linha, o § 3º do art. 41, prevê que normativas futuras da ANPD poderão trazer hipóteses de dispensa da necessidade de indicação do encarregado, tendo como critérios objetivos a natureza, o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento de dados. Nesse sentido, uma das diretrizes principais da minuta de resolução apresentada pela ANPD, para os agentes de tratamento de pequeno porte, refere-se à possibilidade de dispensa de indicação do Encarregado pelo Tratamento de Dados Pessoais, sendo necessária apenas a disponibilização de um canal de comunicação para uso do titular de dados.

Vale ressaltar que a indicação do DPO não é necessária apenas em entidades privadas, mas também por órgãos e entidades públicas. Não há previsão distintiva no que concerne no DPO ser pessoa jurídica ou física, interna ou externa à organização que realiza o tratamento. Há uma recomendação de contratação a partir de um ato formal, como um contrato de prestação de serviços ou um ato administrativo. Nesse processo de escolha, o controlador deve levar em consideração fatores como conhecimento do tema de proteção de dados e do tema de segurança da informação.

Apesar de a Lei não estabelecer diretrizes concretas mais aprofundadas, é visível que as atribuições exercidas no cargo devem ser realizadas com eficiência. Esse ponto é reforçado pelo Guia Orientativo para Definição dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado da ANPD, que ressalta o DPO como ponto-chave de comunicação entre a organização e a ANPD e os titulares de dados. Nesse sentido, as entidades devem fomentar o fácil acesso ao contato com o Encarregado.

Na linha do estabelecido em relação ao tratamento de dados por parte de pequenos e médios negócios, será possível que a ANPD determine hipóteses de dispensa da necessidade de indicação do encarregado, considerando não apenas a natureza ou o porte das entidades, mas também o volume das operações de tratamento de dados da organização. Entretanto, reforça a

³ Esse tema foi objeto de discussão no webinar “O Papel do Encarregado Conforme a LGPD”, que será abordado mais à frente neste artigo.

recomendação de que, em termos de estruturação de programas de conformidade, exista um encarregado para a organização mesmo que esse não seja um requisito formal.⁴

3. *Data Protection Officer*

3.1. Considerações Iniciais

No documento *Guidelines on Data Protection Officers*⁵, são apresentados aspectos mais detalhados da atuação do DPO, que irá tratar de diversas questões relacionadas à proteção de dados dos titulares. Nesse sentido, é possível observar a importância desses profissionais no contexto do GDPR, na promoção de políticas de compliance; e, assim, na prevenção de infrações que venham a ferir os direitos dos titulares; e também analisar as 5 principais diretivas que serão abordadas a seguir.

Vale ressaltar que a figura do DPO não é estranha ao cenário de proteção de dados europeu. Isso se deve pelo fato de que mesmo a Diretiva 95/46/EC não prevendo a necessidade de nomeação de um DPO, a prática se tornou comum.

3.2. Designação

A primeira diretiva consiste nos critérios relacionados à designação do DPO. Vale ressaltar, diferentemente do atual cenário brasileiro, que não serão todas as ocasiões em que o controlador deverá designar uma pessoa para o papel. No caso da previsão europeia, essa figura será essencial no cenário de todos órgãos e autoridades públicas, independentemente do processo de tratamento de dados que realizam; e outras organizações, a depender do tipo de tratamento implementado,⁶ sendo estimulada a adoção voluntária⁷ mesmo quando não há a obrigatoriedade.

⁴ Nos casos em que não se tem a obrigatoriedade de nomeação do encarregado, seria disponibilizado apenas um meio de comunicação, que o titular possuiria com a entidade.

⁵ Esse documento, de caráter instrutivo, tem como objetivo explorar os dispositivos do GDPR e a experiência prática europeia para auxiliar controladores e operadores a estarem em conformidade com a lei e a assistirem o DPO a cumprir seu importante papel.

⁶ Caso a organização apresente em sua atividade monitoramento de indivíduos de uma forma sistemática ou em larga escala ou processe categorias especiais de dados pessoais em larga escala, a figura do DPO, em regra, será indispensável.

⁷ O incentivo encontra-se no *Article 29 Data Protection Working Party* ('WP29'), que representa uma entidade independente que abordava questões relacionadas à proteção de dados e da privacidade até a entrada em vigor do GDPR. Nessa linha, foi colocado que a figura do DPO, além de trazer mecanismos facilitadores de práticas de compliance, também representa uma vantagem competitiva em comparação a outras organizações, a partir do seu

O artigo 37 da norma europeia regula esse tema ao postular a necessidade de nomeação do DPO em três casos específicos:

- (i) Autoridades públicas⁸ que processam dados;
- (ii) Organizações em que os agentes realizam o tratamento de dados de forma regular⁹ e sistemática e em larga escala¹⁰ e
- (iii) Organizações em que o tratamento é feito a partir de categorias especiais de dados pessoais ou dados relacionados a condenações criminais¹¹.

Dessa forma, é relevante notar que, como citado anteriormente, há um incentivo para a adoção voluntária¹² nas organizações. Nestas, os artigos aqui citados serão aplicados; e, por conseguinte, os parâmetros de designação, posição e competências serão aplicados da mesma maneira em comparação a casos de designação obrigatória.

3.3. Posição

O WP 29 explicita a previsão legal no que diz respeito à necessidade de o DPO estar a frente, desde os primórdios dos problemas envolvendo privacidade e proteção de dados. Nesse

papel intermediador e promotor de prestação de contas. Vale ressaltar que política de compliance, segundo o GDPR, é uma responsabilidade não do DPO, que apresenta um papel subsidiário, mas sim do controlador de dados.
⁸ O GDPR não define com precisão no que consiste “*public authority or body*”. Segundo o *Working Party 29*, essa é uma definição de jurisdição nacional.

⁹ O GDPR não define esse conceito. Segundo o recital 24, “*regular and systematic monitoring*” consiste em todas as formas de rastreamento e perfilamento nos meios digitais. Em contrapartida, WP 29, expõe que esse conceito não estaria limitado ao ambiente online, além de explicar que a regularidade seria entendida por monitoramentos contínuos, constantes, em intervalos definidos por um período determinado ou recorrentes e repetidos em ocasiões determinadas. Já o entendimento da sistematicidade, estaria compreendido em tratamentos (i) baseados em um sistema; (ii) de realização pré-arranjada, organizada ou metódica; (iii) parte de um plano para coleta de dados ou (iv) que seja realizado como parte de uma estratégia.

¹⁰ O GDPR não traz a definição desse conceito. O *recital 91* prevê, ainda que não de forma consideravelmente específica e não ideal, alguns parâmetros: “*Large-scale processing operations which aim to process a considerable amount of personal data at regional, national or supranational level and which could affect a large number of data subjects and which are likely to result in a high risk. The processing of personal data should not be considered to be on a large scale if the processing concerns personal data from patients or clients by an individual physician, other health care professional or lawyer*”. Ademais, o WP 29 cita que a determinação do conceito “em larga escala” depende de 4 fatores principais: (i) “*The number of data subjects concerned - either as a specific number or as a proportion of the relevant population*” (ii) “*The volume of data and/or the range of different data items being processed*” (iii) “*The duration, or permanence, of the data processing activity*” (iv) “*The geographical extent of the processing activity*”.

¹¹ Nesse entendimento, vale ressaltar que há um vício legislativo no que concerne ao fato de não ser necessário que ocorra a concepção de “*special categories of data*” (art. 9 GDPR) de forma conjunta com a concepção de “*data relating to criminal convictions and offences*” (art. 10 GDPR). É possível que se configure uma ou outra para que seja aplicado o critério de designação do DPO.

¹² Esta vai ao encontro, em destaque, do princípio da prestação de contas (*accountability*).

sentido, ele deve estar informado e possuir caráter participativo nos âmbitos da organização que envolvem os temas, de forma a preservar a horizontalidade do cargo.

3.4. Tarefas e Competências

Em primeiro lugar, é válido explicitar que tanto o GDPR quanto o “*Recital 97*” estabelecem o monitoramento¹³ em compliance como uma tarefa de extrema relevância no papel de DPO, sendo que na segunda regulação há uma previsão ainda mais específica, no sentido de o DPO ter de auxiliar o controlador e o operador no monitoramento por meio desta.

Nesse sentido, serão tarefas do cargo em relação ao monitoramento:

- (i) coletar informações para identificar atividades correspondentes ao processamento de dados;
- (ii) analisar e checar o nível de conformidade do processamento de dados e
- (iii) informar, aconselhar e emitir recomendações para o controlador e o operador.

Em segundo lugar, apesar de ser competência privativa do controlador de dados, o DPO tem um relevante papel em auxiliar este na elaboração do relatório de impacto. Esse auxílio segue o ideário postulado no artigo 35 do GDPR, o qual expõe que o controlador deve buscar o aconselhamento do DPO; e no artigo 39, que estabelece, dentre as tarefas do DPO, a obrigação de fornecer recomendações¹⁴ quando requisitadas.

Em terceiro lugar, vale ressaltar que o DPO tem o encargo de cooperar com a autoridade de proteção de dados, na medida em que fica responsável pela ponte de comunicação¹⁵ com esta em casos de questões problemáticas no tratamento de dados ou em casos de necessidade consultiva.

¹³ Apesar de ser taxado como uma tarefa do DPO, este não tem responsabilidade alguma em caso de verificação de não compliance. A responsabilização recairá apenas ao controlador de dados.

¹⁴ O WP 29 indica que o controlador pode buscá-las nas seguintes situações: (i) avaliação da necessidade ou não da edição de um relatório de impacto; (ii) escolha da metodologia que será utilizada no relatório de impacto; (iii) realização interna ou terceirizada do relatório; (iv) adoção de (quais) medidas de segurança para mitigar riscos e proteger os interesses dos titulares e (v) avaliação dos resultados do relatório de impacto (nível de compliance) e adoção de medidas práticas de mudança ou continuação (meios de processamento de dados e medidas de segurança).

¹⁵ O WP 29 reforça o papel facilitador que o profissional apresenta, tendo em vista que será por meio dele que a autoridade terá acesso com maior facilidade aos documentos e informações necessárias para se compreender o processo de tratamento de dados de determinada organização ou entidade.

Nesse sentido, também é necessário citar a necessidade de o DPO adotar uma abordagem baseada em risco, “levando em consideração a natureza, escopo, contexto e finalidades do tratamento de dados”. Essa competência faz referência ao fato de o cargo exigir uma ponderação e priorização¹⁶ entre atividades a depender do nível de risco à proteção de dados.

Por fim, apesar de a manutenção de registros de operações de tratamento ser competência e responsabilidade exclusivas do controlador e do operador de dados, o DPO apresenta relevante papel no aspecto prático desta. Isso se deve ao fato de os DPOs receberem diversos comunicados sobre operações de tratamento de dados, mantendo essas informações documentadas.

4. Convergências, Divergências e Debates Recentes

Faz-se necessário entender que, apesar de na maioria das ocasiões serem tratados como sinônimos, o Encarregado de Proteção de Dados, previsto na Lei Geral de Proteção de Dados, e o Data Protection Officer (DPO), previsto no General Data Protection Regulation (GDPR), são figuras que apresentam diferenças relevantes. Esta diferenciação é de extrema relevância, pois, apesar de representarem cargos equivalentes com algumas funções semelhantes, possuem diretrizes consideravelmente diferentes, que serão abordadas a seguir.

A previsão normativa do art. 41 da LGPD indica competências de caráter reativo por parte do encarregado. Isso se deve, em primeiro lugar, ao fato de o titular de dados ter que realizar a ação em provocação à atividade do encarregado, para que esse reaja (fornecer respostas frente às dúvidas e reclamações em relação ao tratamento de dados). Nesse mesmo sentido, também é posto que o encarregado é responsável por receber as comunicações realizadas por parte da Autoridade Nacional e tomar providências a partir deste fato.

Em contrapartida, os dispositivos do GDPR preveem uma postura proativa e colaborativa do DPO. Este fato pode ser observado nas previsões de necessidade de colaboração com a *Data Protection Authority* (DPA), possibilitando a realização de consultas perante a autoridade.

¹⁶ Dessa forma, o DPO poderá auxiliar o controlador de forma mais eficiente. Em principal, no que concerne a escolha da metodologia que será utilizada no relatório de impacto; análise das áreas que serão objeto de auditoria interna ou externa; análise de treinamentos efetivos para serem fornecidos para funcionários e administração; e análise de quais atividades de processamento demandam mais tempo e atenção do controlador.

Em 14 de Dezembro de 2021, o CEDIS-IDP¹ e CIPL² promoveram o webinar³ sobre "O Papel do Encarregado Conforme a LGPD", no qual lançaram o relatório em conjunto sobre o tema, que possui um caráter orientativo essencial no cenário de diretrizes ainda não desenhadas pela ANPD⁴ e promoveram uma interessante discussão com diferentes visões de especialistas discutindo as principais questões do tema.

Em primeiro lugar, Bojana Mellany abriu o debate ressaltando que o Encarregado de Proteção de Dados apresenta um papel fundamental na promoção de *accountability* e adequação das organizações, tendo em vista que é a pessoa responsável por elevar o nível de proteção destas. Esse ponto também é exposto nas considerações iniciais do relatório mencionado, no que concerne a menção do papel do encarregado:

“supervisionar a implementação do programa de governança em privacidade de dados, traduzir as obrigações legais em ações concretas, documentar as atividades e decisões de tratamento de dados e treinar pessoal relevante como parte do programa de governança”.

A jurista reforçou que não se trata do mesmo papel positivado pelo GDPR (DPO), já que a LGPD apresenta estruturas normativas consideravelmente mais flexíveis para as futuras orientações suplementares da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Também foi comentada a atribuição do cargo no que concerne ao fato de ser necessário estar de acordo com a realidade e características de cada entidade (interessante congruência a maior flexibilidade proposta pelo texto legal) e também voltado a resultados, ao garantir a promoção de programas de *compliance*, de gestão e privacidade, ponto de contato e incentivos à proteção de dados. Nesse sentido, também foram expostas as incertezas em relação ao fato de esse papel ser público, externo ou interno e como a lei será aplicada.

Em seguida, a Professora Laura Schertel fez importantes considerações no que tange à preocupação com a efetiva aplicabilidade da LGPD e que na sua vigência faça sentido de

¹ Centro de Direito Internet e Sociedade do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

² Centre for Information Policy Leadership.

³ O evento contou com a participação de nomes relevantes na área: Laura Schertel (CEDIS-IDP); Danilo Doneda (CEDIS-IDP); Bojana Bellamy (CIPL); Vivienne Artz Obe (CIPL); Miriam Wimmer (ANPD); Ricardo Dalmaso Marques (Meta); Gabriela Freitas (Samsung); Andrea Mattos (Telefônica Brasil); Flávia Mitri (Uber) e Vanessa Butalla (2TM).

⁴ O relatório realiza uma série de recomendações à Autoridade Nacional de Proteção de Dados, a fim de proporcionar um respaldo acadêmico para que esta regulamente de forma complementar os dispositivos legais que dizem respeito ao papel do encarregado.

forma que todos possam entender e seguir o texto normativo. Nessa linha, a jurista cita uma passagem do de *law on the books* para *law on the ground*, a fim de se discutir quais são os desafios concretos⁵ para a eficácia da lei. A discussão prática travada depende de forma substancial do encarregado, que apresenta um papel essencial nas questões de *accountability* e adequação, além da criação de uma cultura de proteção de dados⁶.

A professora também citou que a lei traz dispositivos e normas importantes (guia para as empresas) com mais flexibilidade que pode ser aproveitada, tendo em vista que o legislador trouxe maior espaço de interpretação e aplicação, em contraponto com o cenário mais rígido da legislação europeia⁷. Dessa forma, há a possibilidade para que empresas adequem o papel do encarregado de uma forma mais conexa com a realidade e a estrutura da entidade.

Ademais, foi levantado que a profissão do encarregado se faz muito interessante e visada, tendo em vista seu caráter horizontal, em que há um contato com todas as áreas da empresa, pois há questões relacionadas à privacidade e proteção de dados em todos os âmbitos da organização⁸.

Miriam Wimmer, não por meio de manifestação formal da ANPD⁹, mas mediante percepções próprias, afirmou que, ao analisar o contexto em que o legislador configurou o encarregado, este se faz muito presente em questões relacionadas à *accountability*, em que haja um profissional especializado não apenas para a formação de um ponto de contato, mas também para promoção de uma mudança cultural no interior da organização.

A jurista também reforça o caráter lacônico da legislação nas atribuições do encarregado, ao defini-lo como canal de comunicação entre o controlador e o titular de dados e a ANPD. Esta é uma designação consideravelmente mais restrita e simplista, como é possível comparar nas previsões do GDPR, levando a necessidade de sinalização de diretrizes de interpretação, as quais, em suas lacunas atuais, geram certa insegurança para as organizações,

⁵ A discussão sobre os impactos práticos para a aplicação da LGPD é uma diretriz para o projeto “LGPD Efetiva”, no qual o paper mencionado está inserido.

⁶ A LGPD tem sido cada vez mais aplicada pelo judiciário, mas ainda se faz necessária a criação de uma cultura de proteção de dados mais consolidada no Brasil, que deve ser compartilhada entre empresas, poder público e cidadãos.

⁷ Apesar da clara inspiração europeia presente na LGPD, em diversos artigos e temas, o legislador optou por uma maior flexibilidade de interpretação, o que leva ao importante papel da ANPD no auxílio para a efetivação da lei.

⁸ As organizações devem se preocupar a empresa deve se preocupar tanto com os dados externos (clientes e leads), quanto internos (dos funcionários, RH e afins), isso ajudaria a delinear o porquê de afetar todas as áreas da empresa.

⁹ A ANPD não se manifestou formalmente sobre os aspectos pormenorizados do Encarregado de Proteção de Dados. O tema está contido na agenda regulatória do primeiro semestre de 2022, nos termos da Portaria nº 11/2021.

as quais, por outro lado, geram alta capacidade de adaptação e flexibilidade (levar em consideração o contexto da organização) pretendida na redação da norma.

O papel do encarregado está muito associado à visão que se tem da LGPD. É uma lei pró-inovação e pró-crescimento econômico. Em políticas de compliance, se criou programas específicos para a LGPD, que levam em consideração as diferenças entre as competências dos encarregados e as dos DPOs. Dessa forma, desde 2020, foram estabelecidos diversos canais para contato com DPO, para que sejam atendidos os direitos dos titulares de dados.

Disso se depreende que o Encarregado apresenta cinco competências¹⁰ principais:

- (i) apresentar e implementar um programa de *compliance* e privacidade (treinamentos, controle e governança¹¹);
- (ii) desenvolver fluxos internos necessários para a possibilitação da redação de documentos de prestações de contas (*accountability documents*);
- (iii) aconselhar o operador sobre as formas de cumprimento da norma;
- (iv) atuar como ponto de contato com os reguladores (ANPD) e
- (v) atuar como ponto de contato com os titulares de dados (não apenas os usuários externos, mas também titulares da empresa).

As competências do Encarregado no contexto brasileiro, ao se observar em um quadro comparativo¹² citado no referido relatório, apresenta uma considerável simplicidade na definição de tarefas. Dessa forma, diferentemente de países como Colômbia, Austrália, Egito e Coreia do Sul, que possuem uma quantidade consideravelmente maior de competências elencadas, o Brasil opta por essa regulação geral.

¹⁰ As organizações, a depender do contexto interno e demanda, poderão atribuir outras competências para o encarregado. O relatório cita possibilidades como: “manter registro das operações de tratamento de dados pessoais; realizar ou supervisionar avaliações de risco de privacidade de dados; identificar as bases legais aplicáveis ao tratamento de dados; redigir notificações a titulares sobre o tratamento de dados; participar na resposta e na gestão de incidentes de segurança; realizar ou participar de auditorias; elaborar políticas, processos, controles e modelos internos; redigir/negociar contratos de proteção de dados; oferecer treinamento e planejar atividades de conscientização; atuar como facilitador, ou responsável, do programa de governança em privacidade; supervisionar a implementação de políticas internas e processos relacionados à privacidade de dados; envolver-se nas principais avaliações de risco de privacidade de dados; acompanhar desenvolvimentos nacionais e globais em privacidade de dados e envolver-se externamente em questões de proteção de dados”.

¹¹ Nesse sentido, o relatório expõe: “O encarregado deve ter um papel estratégico como assessor de confiança, trabalhando em parceria com a liderança da organização e cooperando com a empresa na privacidade de dados, mas possivelmente também de forma mais ampla em todos os assuntos relacionados a dados ou ao meio digital.” O programa de governança apresenta benefícios internos, no que concerne ao envolvimento dos colaboradores das organizações; e benefícios internos, no que concerne a maior confiabilidade que é repassada para os clientes.

¹² Data Protection Officer Requirements by Country (Requisitos para encarregados por país) da IAPP

Nesse sentido, vale ressaltar que a escolha e implementação do cargo deve levar em consideração fatores como: experiência na área de proteção de dados e experiência no modelo de negócio da organização (possibilitar a efetiva assessoria especializada à empresa); autoridade nos âmbitos gerais da organização (possibilitar a real influência na cultura de proteção de dados); posicionamento na organização (independente ou vinculado à outra área interna); posicionamento geográfico (nacional ou internacional, desde que atenda às demandas e competências da mesma forma e haja a promoção da comunicação em língua portuguesa); envolvimento em questões de privacidade (busca por conhecimento interno da organização e dos estudos relacionados ao tema); habilidades e qualificações (liderança, comunicação, análise e proatividade); recursos ofertados pela organização (possibilitar o trabalho); equipe de suporte (colaboradores devem estar habilitados a exercer as mesmas competências que o encarregado).

A flexibilidade¹³ mencionada anteriormente auxilia a adaptação prática dessas atribuições, a depender do contexto e particularidades organizacionais. De modo geral, há uma necessidade de se encontrar um ponto de equilíbrio entre a possibilidade de execução da atividade econômica (propósito) da organização e ao mesmo tempo observar e prezar pelos direitos dos titulares. Portanto, deve-se compreender que é o caso de um cargo que busca equilíbrio entre os interesses da empresa e os direitos dos consumidores, sendo que é importante trazer, para a organização, as perspectivas do indivíduo que é afetado pela atividade.

O cargo descrito possui um papel importante no que concerne a postura de colaboração, incentivando o estímulo para uma maior obtenção informações da organização; e, assim, maior conhecimento dos riscos relevantes e melhores condições de estruturação de soluções e orientações de acordo com as Lei e as melhores práticas (efetiva implementação da proteção dos dados pessoais). Portanto, além da necessidade de o encarregado estar conectado internamente, ele também deve estar atento aos acontecimentos no mercado em que atua, em outros mercados, nas autoridades, discussões, congressos e seminários, além de buscar melhores práticas mencionadas para aprimorar seu programa de forma permanente e eficaz.

Seguindo essa linha, é retomada a importância do papel do encarregado na promoção de uma cultura de proteção de dados e privacidade. Esta se faz de tamanha relevância, tendo

¹³ Nos termos do relatório, o encarregado “não desempenha uma função estática e igual em todas as circunstâncias e que as organizações têm flexibilidade para definir as atribuições do encarregado que melhor atendam a seus negócios e atividades de tratamento de dados (desde que estejam em conformidade com as normas da LGPD)”.

em vista que, a partir de uma mudança de cultura, há uma perpetuação do tema na companhia e nas ações cotidianas dos colaboradores. Ademais, em relação a *accountability*, é necessário que a cultura inclua os cargos da alta administração da organização, se for o contexto em questão. Faz-se necessário, por exemplo, que sejam levadas questões relacionadas à privacidade para o conselho de administração, na forma de um conselho de auditoria e controle.

Nessa linha, também é válido mencionar a relevância que o encarregado possui para a manutenção e aprimoração da responsabilidade ética organizacional, como abordado no relatório. Essa apresenta um caráter de ação proativo e preventivo por parte do encarregado, o qual deve trabalhar para mitigar riscos nas atividades relacionadas ao tratamento de dados, planejando, implementando e supervisionando o programa de governança em privacidade, além de ser capaz de demonstrar a eficácia desse trabalho.

O relatório, assim como os convidados no webinar, levantam uma série de questões que representam as principais dúvidas e incertezas do mercado, as quais ainda dependem de uma regulamentação da ANPD de forma efetiva:

- (i) Possibilidade de isenção de nomeação do encarregado;
- (ii) Obrigação (ou não) de os operadores designarem um encarregado;
- (iii) Encarregado é representado por pessoa física ou por departamento com a mesma finalidade;
- (iv) Cargo pode (ou não) ser desempenhado por pessoa externa à organização;
- (v) Autonomia e questões relacionadas ao conflito de interesses;
- (vi) Responsabilidade pessoal (ou não) pelo descumprimento da lei¹⁴
- (vii) Necessidade de divulgação pública da identidade do encarregado e suas informações de contato

Diante desse considerável cenário de dúvidas, vale ressaltar alguns pontos importantes. Em primeiro, nota-se que a indicação do encarregado é mandatória¹⁵ na LGPD. Entretanto, a

¹⁴ Além disso, também há uma discussão muito presente em relação à responsabilização do encarregado perante não à LGPD, mas a outros tipos de normas legais.

¹⁵ Concepção que vai de encontro com o GDPR, tendo em vista que, na previsão deste, apenas algumas organizações que essencialmente realizam atividades de maior risco são obrigadas a indicar o encarregado.

norma abre a possibilidade de que a ANPD¹⁶ regule o tópico, de forma a poder autorizar a dispensa da indicação em certos contextos e organizações.

Vale mencionar, que em um futuro que haja possibilidades (exceção à regra) de dispensa¹⁷, as competências do encarregado deverão ser exercidas, mesmo que de uma forma geral, para garantir efetiva a proteção do direito dos titulares. A Autoridade deve indicar, nesses casos, quais outros mecanismos efetivos deverão ser implantados para assegurar que, ainda sem a representação do encarregado em si, o titular de dados tenha canais para poder exercer seus direitos e não seja prejudicado.

Há também a dúvida em relação à possibilidade de o encarregado estar em um departamento da organização, em que haveria uma pulverização de responsabilidades. Essa reflexão também leva a questões relativas ao conflito de interesses e acúmulo de obrigações.

É notória também, em relação ao conflito de interesses, a questão da independência do encarregado. A LGPD, diferente do GDPR¹⁸, não requer que o encarregado seja independente, sendo que, dentre as divergências de atribuições, o encarregado é um cargo um pouco mais diluído.

Entretanto, no webinar foi levantada a questão que, diante do contexto de o encarregado ser um fiscal para proteção de dados dentro da empresa, ter um poder efetivo de fiscalização e da necessidade de ter ingerência em relação à liderança da organização, deve-se pensar em conflito de interesses, que pode ocorrer a depender da alocação do encarregado. Portanto, a organização deve trabalhar em formas de como blindar a posição dentro do departamento que ele ocupa.

É possível citar também, que um dos maiores desafios de caráter prático para a implementação do encarregado, é a experiência em casos nos quais os titulares de dados recorrem ao cargo para todo e qualquer assunto. Assim, é gerada uma considerável dificuldade de resposta por parte das empresas.

¹⁶ No webinar, foi levantado o importante ponto no que concerne a necessidade, por parte da ANPD, definir critérios para estipular quando há ou não necessidade de indicar um encarregado, quais são as hipóteses de exceção, de que maneira pode-se trabalhar o conceito de risco e não só o conceito de porte econômico da empresa para definir necessidade de designação.

¹⁷ Essa questão começou a ser endereçada na minuta de regulação dos agentes de pequeno porte divulgada pela ANPD. Entretanto, ainda se faz necessário detalhar as situações “*must have*” e “*nice to have*”.

¹⁸ Nos termos do WP 29, “given the size and structure of the organization, it may be necessary to set up a DPO team (a DPO and his/her staff). In such cases, the internal structure of the team and the tasks and responsibilities of each of its members should be clearly drawn up. Similarly, when the function of the DPO is exercised by an external service provider, a team of individuals working for that entity may effectively carry out the tasks of a DPO as a team, under the responsibility of a designated lead contact for the client.”

Considerações finais

Em suma, no futuro próximo, ainda será necessário muito estudo e aprimoramento quando se pensa no encarregado e no seu papel fundamental na proteção de dados nas organizações e na sociedade em um plano geral. Esse deve ser feito com demasiada cautela, a fim de não se incorrer em interpretações ou importações vazias de conceitos e características estrangeiras, sem a devida contextualização do cenário brasileiro que se faz muito peculiar.

A ANPD terá um papel crucial nos próximos meses a definir as diretivas com a finalidade de regulamentar o papel do encarregado, com o cuidado de, ao mesmo tempo, ir ao encontro da flexibilidade e amplitude que a lei tem como finalidade, e também de não proporcionar lacunas excessivas e, portanto, dúvidas, que os mercados não possam solucionar.

Como foi levantado no webinar, ainda é uma área nova e em implementação no Brasil. As organizações, aos poucos, começam a lidar com programas de proteção de dados e privacidade no seu cotidiano e ainda é necessário que as pessoas entendam o assunto e se habituem, fato que leva a importância do papel do encarregado.

Diante da grande dimensão do tema, tendo em vista que um estudo da IAPP (*International Association of Privacy Professionals*) prevê a necessidade de preenchimento de cinquenta mil cargos de encarregados de proteção de dados, espera-se que as discussões envolvendo o tema sejam cada vez mais ricas.

Referências bibliográficas

Centre for Information Policy Leadership (CIPL) e Centro de Direito, Internet e Sociedade do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (CEDIS-IDP). *Artigo 3 do Projeto Conjunto LGPD Efetiva. O Papel do/a Encarregado/a conforme a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. Disponível em <<https://www.idp.edu.br/o-papel-do-a-encarregado-a-conforme-a-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd/>>. Acesso em 14 de dezembro de 2021.

Article 29 Data Protection Working Party ('WP29'): Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs'). Disponível em: <https://ec.europa.eu/information_society/

[newsroom/image/document/2016-51/wp243_en_40855.pdf?wb48617274=C63BD9A](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at/2018/ago/2018_013709.htm)>. Acesso em 2 de dezembro de 2021.

DONEDA, Danilo (coord.); SARLET, Ingo Wolfgang (coord.); MENDES, Laura Schertel (coord.); RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.) BIONI, Bruno Ricardo (coord.). *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: Minha Biblioteca UnB. Acesso em 20 de novembro de 2021.

Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_at/2018/ago/2018_013709.htm

[o2015-2018/2018/lei/113709.htm](https://www.gov.br/leis/2018/2018/2018/lei/113709.htm)>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Guia Orientativo para Definição dos Agentes de Tratamento de Dados Pessoais e do Encarregado da ANPD. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/2021.05.27GuiaAgentesdeTratamento_Final.pdf>. Acesso em 25 de novembro de 2021.

Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>>. Acesso em 30 de Novembro de 2021.

General Data Protection Regulation (GDPR). Disponível em <<https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em 20 de novembro de 2021.

Webinar “O Papel do Encarregado Conforme a LGPD”. Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=sEKBLJp1XYk&utm_campaign=CiPL&utm_medium=email&hsmi=200280202&hsenc=p2ANqtz-8ZGQ0bZgQ0z59ZjJYNIjtj--qVM98UsGmbyQrzCXKqC11ZkcsbYSRN7E82hto a3PSEE siEbaJp-WjL8bAiDNneS6F3N5EF7ariwpQ3ZZFxa99E64&utm_content=200280202&utm_source=hs_email>. Acesso em 20 de janeiro de 2022.

Portaria nº 11/2021 da ANPD. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-11-de-27-de-janeiro-de-2021-301143313>>. Acesso em 20 de dezembro de 2021.

Data Protection Officer Requirements by Country (Requisitos para encarregados por país) da IAPP. Disponível em:

<<https://iapp.org/resources/article/data-protection-officer-requirements-by-country/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2022.

International Association of Privacy Professionals (IAPP). *Study: LGPD likely to require at least 50K DPOs in Brazil alone*. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/study-lgpd-likely-to-require-at-least-50000-dpos-in-brazil-alone/>>. Acesso em 20 de Janeiro de 2022.

International Association of Privacy Professionals (IAPP). *Brazil’s DPO dilemma: How and who to choose?*. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/brazils-dpo-dilemma-how-and-who-to-choose/>>. Acesso em 20 de janeiro de 2022.

