

O Tribunal de Contas da União e a efetividade do direito à proteção de dados pessoais na Administração Pública Federal

Marcela Portela Nunes Braga

Advogada da CAIXA no Distrito Federal.

*Pós-graduada em Direito Público e em Direito Digital
e Proteção de Dados*

RESUMO

O presente trabalho tem como tema o papel do Tribunal de Contas da União na atribuição de efetividade ao direito constitucional à proteção de dados pessoais no âmbito da Administração Pública Federal. Valendo-se do método dedutivo e do levantamento bibliográfico e documental, busca delineiar as características, competências e ferramentas que possibilitam ao TCU atuar ativamente na construção de cenário de segurança de dados na esfera pública federal. Para tanto, aborda as estruturas jurídica e administrativa que conectam a proteção de dados e a Administração Pública, apresenta as peculiaridades do controle externo exercido pelo Tribunal e passa pelas relações institucionais mantidas entre os atores envolvidos. Assim, conclui que a Corte de Contas é parte essencial e de atuação indispensável na concretização do direito constitucional à proteção de dados pessoais.

Palavras-Chave: Tribunal de Contas da União. Proteção de dados. Administração Pública Federal. Controle externo.

ABSTRACT

The present work addresses the role of the Federal Court of Accounts in ensuring the effectiveness of the constitutional right to personal data protection within the scope of the Federal Public Administration. Using deductive methods and bibliographic and documentary research, it seeks to outline the characteristics, competencies, and tools that enable the Court to actively contribute to the construction of a data security scenario in the federal public sphere. To do so, it discusses the legal and administrative

structures connecting data protection and public administration, presents the peculiarities of the external control exercised by the Court, and delves into the institutional relationships maintained among the involved parties. Thus, it concludes that the Court of Accounts is an essential part with indispensable involvement in realizing the constitutional right to personal data protection.

Keywords: Federal Court of Accounts. Data protection. Federal public administration. External control.

Introdução

O presente trabalho tem como tema o papel do Tribunal de Contas da União na atribuição de efetividade ao direito fundamental à proteção de dados pessoais no âmbito da Administração Pública Federal.

Especialmente após a edição da Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e da Emenda Constitucional nº 115/2022, o tema da proteção de dados pessoais tem imposto ao poder público, cada vez mais digitalizado e *datificado*, o desafio de desenhar estruturas aptas a conferir concretude ao direito fundamental e de direcionar recursos financeiros, patrimoniais e de pessoal para tanto, atraindo a atuação constitucional do Tribunal de Contas e justificando a investigação ora desenvolvida.

Objetiva-se, assim, delinear, consideradas as características, competências e ferramentas próprias do controle externo, o modo como a atuação do TCU apresenta-se e pode ser somada à dos demais artífices institucionais na construção de um cenário de segurança de dados na esfera pública federal.

A pesquisa vale-se do método dedutivo e do levantamento bibliográfico e documental, incluindo, dentro da limitação espacial do artigo, a busca por precedentes em que a Corte de Contas já tenha se debruçado sobre os tópicos aqui suscitados.

Em síntese, o tópico inicial do desenvolvimento dedica-se a apresentar as estruturas jurídica e administrativa que conectam diretamente a proteção de dados e a Administração Pública; a segunda seção presta-se a discorrer sobre a natureza, as competências, os instrumentos e as peculiaridades que tornam o TCU parte essencial na garantia da proteção de dados pelo poder público; o terceiro tópico, concatenando seus antecedentes, centra-se na jurisdição do TCU sobre a estrutura estatal pensada para o tratamento e a proteção de dados, nas possíveis redundâncias e na possibilidade de conflito entre a proteção de dados e a fiscalização da Administração Pública.

dâncias de esferas de controle e na relação institucional mantida entre os entes envolvidos.

1 Proteção de dados e a administração pública

1.1 Estrutura jurídica de proteção de dados no setor público

A evolução do significado de proteção de dados pessoais orienta para a compreensão de um fenômeno coletivo e de natureza difusa, cuja tutela jurídica deve igualmente conter em si a noção de coletividade (MENDES, 2014, p. 23) e contar com a participação de atores institucionais e sociais diversos. É assim que a proteção de dados pessoais fez surgir um setor de política pública autônomo, como lembra Laura Schertel Mendes citando Bennett e Raab (2014, p. 24-25):

(...) instrumentos legais próprios, organismos regulatórios específicos, uma rede de especialistas e juristas, um robusto grupo de jornalistas e ativistas dispostos a demonstrar todo tipo de abuso e violações, uma crescente comunidade acadêmica especializada no tema, bem como uma rede internacional, pela qual se realiza o intercâmbio de experiências e ideias.

Entre tais artifícies, a história do direito à proteção de dados é especialmente marcada por momentos em que o Poder Judiciário foi chamado a se pronunciar acerca dos contornos e aplicações de tal direito. Dos paradigmas recorrentemente destacados pela doutrina, vale resgatar a memória de dois: a decisão do Tribunal Constitucional Alemão que, em 1983, ao julgar a constitucionalidade da “Lei do Recenseamento de População, Profissão, Moradia e Trabalho”, trouxera à luz a noção de autodeterminação informativa, e a decisão da Suprema Corte brasileira que, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 6389), suspendera a eficácia de Medida Provisória que possibilitava o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, para fins de produção estatística oficial durante a pandemia de Covid-19 (ABRUSIO *et al.*, 2020).

Os julgados citados comungam de uma mesma problemática: o direito à proteção de dados inserido em contexto de tratamento de dados pelo poder público. A presença do Estado como agente de tratamento é situação capaz de acrescentar ao deba-

te elementos não verificados em relações de caráter privado, geralmente decorrentes da necessidade de compatibilização entre o exercício de prerrogativas estatais típicas e os princípios que regem a privacidade e a proteção dos dados (BRASIL, 2023, p. 5).

Também, o arcabouço legal brasileiro há muito volta atenção à proteção de dados, a exemplo de normas contidas na Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), na Lei nº 9.507/1997 (Lei do *Habeas Data*), na Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo), na Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e na legislação trabalhista, todas aplicáveis também às relações mantidas com a Administração Pública.

A vigência da Lei nº 13.709/2018 – LGPD inaugurou, contudo, “não só um marco regulatório inédito no cenário nacional, mas também uma nova lógica por trás do tratamento dos dados pessoais das pessoas naturais nos cenários em que é aplicada” (ANDRADE, 2023, p. XX). E, ao dedicar seu Capítulo IV (artigos 23 a 32) ao tratamento de dados pessoais pelo poder público, reforçou aspectos como a persecução de interesse público, a possibilidade de compartilhamento de dados entre entes públicos e a atribuição de competência à Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD para fiscalização das operações de tratamento de dados pessoais.

Por fim, a concessão de *status* constitucional e autonomia ao direito à proteção dos dados pessoais pela Emenda Constitucional nº 115/2022 (artigo 5º, LXXIX - “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”), o aproximou ainda mais da Administração Pública, impondo ao Estado o dever de “zelar pela consistência constitucional do marco normativo infraconstitucional” e de assegurar “máxima eficácia e efetividade” (SARLET, 2022).

1.2 Estrutura administrativa de proteção de dados

Para além de atividade jurisdicional, legislativa e doutrinária, a concretização do direito fundamental à proteção de dados pessoais passa pelo delineamento de uma arquitetura estatal apta a observar – pensando e fiscalizando – a realização do direito.

Nos três poderes, atualmente, constata-se a existência de estruturas administrativas que, de algum modo, se ocupam da proteção de dados. Algumas dessas têm como objetivo precípua a proteção de dados, como a ANPD, o Conselho Nacional de

Proteção de Dados e a Comissão de Proteção de Dados do Conselho Nacional de Justiça; outras inserem-se em contexto mais amplo, abarcando também questões de acesso ou qualidade da informação e de direito digital, como a Secretaria de Direitos Digitais do Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Comissão Mista de Reavaliação da Informação da Presidência da República e a Comissão de Comunicação e Direito Digital do Senado; há ainda aquelas que desempenham funções típicas de controle, a exemplo do Ministério Público, da Controladoria-Geral da União e do Tribunal de Contas da União, objeto de estudo desta pesquisa.

A efetivação do direito à proteção de dados também requer a capilarização oriunda do estabelecimento de boas práticas e de políticas de governança interna, nos termos do artigo 50 da LGPD, as quais, na esfera pública, ganham maior relevo dadas “a estrutura, a escala e o volume de suas operações”.

O que agora importa cintilar é que toda a estrutura administrativa estatal projetada para a proteção de dados é realizada a partir de recursos saídos dos cofres públicos e, por isso, deve ser submetida a diversas espécies de controle. No caso daquela insculpida na esfera da Administração Pública Federal, o controle externo exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, no limite de suas competências constitucionais e legais, constitui-se em contribuição de suma importância para o alcance do objetivo de efetivar o direito à proteção de dados pessoais.

Antes de tratar da Corte de Contas, porém, vale mencionar, ainda que brevemente, a maneira como a entidade, que desde sua criação foi vocacionada à proteção de dados, tem abordado o tema do tratamento pelo poder público.

1.3 ANPD e o tratamento de dados pessoais pelo poder público

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD é uma autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com diretoria escolhida e nomeada pelo presidente da República, cujo extenso rol de competências, constante do artigo 55-J da LGPD, evidencia a missão de propiciar proteção de dados e de privacidade.

Após todo o imbróglio que envolve sua criação e embora reúna consigo características que se assemelham às agências reguladoras, quis, por ora, o legislador que a ANPD fosse uma agência reguladora independente, não se aplicando o regime

jurídico da Lei nº 13.848/2019, marco regulatório das agências reguladoras (ALVES; VALADÃO, 2022). O Projeto de Lei nº 615/2023, porém, busca aclarar a autonomia da ANPD e, inequivocamente, colocá-la sob a regência da citada Lei das Agências (BRASIL, 2023).

Incumbe com exclusividade à Autoridade a aplicação das sanções previstas na LGPD, e “suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública” (artigo 55-K, LGPD). E justamente do exercício dessa competência exclusiva já se pode verificar a relevância de calibrar as balizas do tratamento de dados operados pela Administração Pública, uma vez que a maior parte dos processos administrativos sancionadores até hoje instaurados possui como agentes de tratamento entes públicos (BRASIL, 2024).

A Autoridade Nacional desempenha, também, essencial atividade de orientação acerca de definições conceituais e interpretativas da LGPD, lançando mão da publicação de guias, glossários e outros documentos. De todos publicados, aqui releva citar o “Guia Orientativo – Tratamento de Dados Pessoais pelo Poder Público”, que, em harmonia com os artigos 1º e 23 da LGPD e artigo 1º, parágrafo único da LAI, assim delimita a noção de poder público:

O termo “Poder Público” é definido pela LGPD de forma ampla e inclui órgãos ou entidades dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), inclusive das Cortes de Contas e do Ministério Público. Assim, os tratamentos de dados pessoais realizados por essas entidades e órgãos públicos devem observar as disposições da LGPD, ressalvadas as exceções previstas no art. 4º da lei.

Também se incluem no conceito de Poder Público: (i) os serviços notariais e de registro (art. 23, § 4º); e (ii) as empresas públicas e as sociedades de economia mista (art. 24), neste último caso, desde que (ii.i) não estejam atuando em regime de concorrência; ou (ii.ii) operacionalizem políticas públicas, no âmbito da execução destas.

A dinâmica de controles recíprocos da Administração Pública propicia, assim, que a ANPD submeta todo o restante da es-

trutura administrativa ao seu papel fiscalizatório e sancionatório em relação à proteção de dados, enquanto se submete ao controle de outras entidades, inclusive ao do Tribunal de Contas quanto à sua eficiência em bem utilizar recursos públicos na implementação de ações que culminem na proteção de dados.

2 TCU: natureza, competências e atuação

2.1 Natureza, jurisdição e competências do TCU

Instituição desenhada no final do século XIX por Rui Barbosa, então ministro da Fazenda do Governo Provisório instalado após a Proclamação da República, o Tribunal de Contas da União surgiu como órgão independente e autônomo, “um corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura” (BARBOSA, 1999, p. 254).

Conquanto a Constituição de 1988 insira o Tribunal de Contas em capítulo dedicado ao Poder Legislativo e expressamente reserve ao órgão o papel de auxílio ao Congresso Nacional no exercício do controle externo, há relevante posicionamento doutrinário no sentido de considerar a Corte dotada de autonomia constitucional e, no pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, refratária à inclusão em um dos três blocos orgânicos classicamente nomeados como poderes (*apud* ALVES; ZYMLER, 2023, p. 33). Também neste sentido:

(...) o Tribunal de Contas constitui um órgão constitucionalmente autônomo de caráter subordinante, uma vez que lhe foram cometidas funções constitucionais que permitem evidenciar relação de supraordenação em face das funções de outros órgãos ou conjuntos orgânicos; é órgão constitucional essencial por desempenhar funções políticas, entendidas como expressões imediatas de soberania; e, por fim, constitui um órgão garantidor dos valores político-constitucionais do Estado Democrático de Direito (MOREIRA NETO, 2003).

Cabe, assim, ao TCU exercer o controle financeiro, expressão que sintetiza funções e deve ser entendida como modalidade de controle que “tem como objetivo verificar a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos e a fiel execução do orçamento” (ALVES; ZYMLER, 2023, p. 47).

Entre as espécies de fiscalização empreendidas pelo Tribunal, estão, por deferência da própria Constituição, a contábil, a financeira, a orçamentária, a operacional e a patrimonial. Na presente análise, merece realce a fiscalização operacional, que se presta a analisar se “empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento” (ALVES; ZYMLER, 2023, p. 49-50).

O controle financeiro deve ter como parâmetros a legalidade – conformidade do ato de administração com as normas que regem a gestão dos recursos públicos –, a legitimidade – relação entre a ação estatal e o interesse público da sociedade organizada – e a economicidade – minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometimento dos padrões de qualidade (ALVES; ZYMLER, 2023, p. 55-57).

Quanto à jurisdição, a noção merece adaptações no âmbito do TCU, uma vez não carregar características imputadas à jurisdição atribuída ao Poder Judiciário, tais como inércia e execução de suas decisões. Ao Tribunal de Contas cabe dizer “o legal, o legítimo e o econômico, substituindo, por meio do processo, a manifestação dos agentes públicos expressa nos mais diversos atos estatais” (ALVES; ZYMLER, 2023, p. 67).

A jurisdição do TCU, exercida em todo o território nacional, tem como sujeitos passivos, em suma, todo aquele cuja atuação, de algum modo, afete o patrimônio da União, em hipóteses constantes do artigo 5º da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU). Abarca, logo, a totalidade da estrutura administrativa federal, sendo cada entidade pública regimentalmente denominada de “unidade jurisdicionada”, estendendo-se subjetivamente aos gestores da coisa pública.

Para proceder à função de controle, o artigo 71 da Constituição confere ao TCU uma série de competências, que devem ser acrescidas às aquelas havidas na LOTCU e no Regimento Interno da Corte – RITCU, bem como em legislações esparsas, a exemplo da Lei nº 14.133/2021.

Entre as inúmeras competências concedidas ao TCU, aquelas que destacam-se são: (i) a de verificação: realização de inspeções e auditorias e decisão sobre denúncia ou representação que lhe seja encaminhada por um dos legitimados; (ii) a corretiva: estipulação de ações e prazos a serem adotados para adequação aos parâmetros de legalidade, legitimidade e economicidade; (iii) sancionatória: aplicação aos responsáveis de penalidade

pecuniária, inabilitação para o exercício de função pública ou inidoneidade (ALVES; ZYMLER, 2023, p. 72).

Postas tais noções introdutórias acerca da Corte, passa-se a tratar as ferramentas que instrumentalizam o exercício do controle externo. Por escapar à intenção do presente trabalho, não se pretende detalhar as características de cada processo, mas tão somente apresentar aqueles cujas funcionalidades podem bem ser direcionadas à proteção de dados pessoais.

2.2 Ferramentas do controle externo do TCU

A LOTCU e o RITCU colocam à disposição da Corte tipos de processos de controle externo, cujos ritos utilizados e provimentos possíveis decorrem da competência sendo exercida na espécie. Opta-se, aqui, pelo uso do termo processo em vez de procedimento, apesar das não encerradas discussões doutrinárias acerca da definição do termo correto.

Para Carlos Ayres Britto, os processos no TCU “são processos de contas, e não processos parlamentares, nem judiciais” e também não são processos administrativos, já que “não julgam da própria atividade *interna corporis* (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas” (BRITTO, 2018).

Há nos processos da Corte de Contas peculiaridades que devem ser pontuadas, como ausência de partes antagônicas ou triangularização, impulsionamento de ofício, possibilidade de abertura fundada em baixa materialidade probatória ou mesmo sem incidente específico e observância aos princípios da mutabilidade da demanda, da consubstanciação e do formalismo moderado (ALVES; ZYMLER, 2023, p. 293-295).

No âmbito da proteção de dados, é possível identificar tipos de processos aptos a bem atuar na defesa do direito fundamental. São esses os processos de fiscalização (art. 230 e seguintes do RITCU) que, considerando a iniciativa, são divididos em de iniciativa própria, de iniciativa do Congresso Nacional, representação ou denúncia, e, a partir dos instrumentos utilizados, dividem-se em levantamento, auditoria, inspeção, acompanhamento e monitoramento.

A atividade de controle externo resulta, ainda, em diferentes tipos de deliberações, quais sejam, as determinações, as ciências e as recomendações. O tema é hoje regulamentado pela Resolução TCU nº 315/2020, que, complementando o RITCU, assim conceitua:

- I - determinação: deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares;
- II - ciência: deliberação de natureza declaratória que científica o destinatário sobre a ocorrência de irregularidade, quando as circunstâncias não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas; e
- III - recomendação: deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo.

O que tais possibilidades de conclusões adotadas pelo Tribunal desde já revelam para o tema ora proposto é que o órgão de controle pode, para além de se limitar a substituir a vontade da Administração Pública e do gestor público ou de adotar postura de natureza sancionatória, atuar ao lado das unidades jurisdicionadas, seja a ANPD ou qualquer outra, no aperfeiçoamento da gestão e na construção de cenário ideal (legal, legítimos e econômico) de proteção de dados.

Há ainda outros instrumentos, frutos de regramento interno, os quais demonstram a essencial atuação colaborativa da Corte no constante processo de observação e aperfeiçoamento da Administração Pública.

A “construção participativa das deliberações”, prevista no artigo 14 da Resolução TCU nº 315/2020, é procedimento que consiste em oportunizar aos destinatários das deliberações, previamente, a apresentação de comentários sobre determinações ou recomendações a serem exaradas pelo TCU.

Outra ferramenta à disposição da Corte é a Solicitação de Solução Consensual – SSC, fundada na Instrução Normativa TCU nº 91/2022 e na Resolução TCU nº 350/2023, voltada à solução de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, em matéria de competência do TCU. Aqui, cabe apenas pontuar brevemente que o artigo 2º da referida Instrução Normativa confere legitimidade para acionar a SSC às agências reguladoras elencadas no artigo 2º da Lei nº 13.848/2019, entre as quais não consta a

ANPD; entretanto, abre-se a discussão quanto à possibilidade de extensão diante dos debates, já mencionados, acerca da natureza jurídica da Autoridade.

Releva-se também a participação, nos processos em trâmite no TCU, de entidades públicas ou privadas ligadas ao tema da proteção de dados na qualidade de *amicus curiae*, figura que, embora não prevista legal ou regimentalmente, é aceita por aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e por posicionamento jurisprudencial (*vide* Acórdão nº 2.882/2013-TCU-PI).

Por fim, há que mencionar a viabilidade de estabelecimento de acordo de cooperação técnica – ACT para tratar de assuntos insertos na seara de proteção de dados, pontuando-se a inexistência de tal acordo vigente entre a ANPD e o órgão de contas.

As ferramentas neste tópico destacadas dialogam com o modelo de regulação responsiva, que parte do “pressuposto que é possível induzir comportamentos sem necessariamente se fazer uso de punições, a partir de estímulos não sancionatórios com objetivo de trazer resultados à sociedade”, e que pauta a atuação da Autoridade Nacional (BRASIL, 2023, p. 7).

3 Atuação do TCU sobre a estrutura pública de dados

3.1 Jurisdição sobre a estrutura de tratamento de dados

Como antecipado, a jurisdição do Tribunal de Contas da União é exercida, objetiva e subjetivamente, sobre quaisquer pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que de algum modo manipulem ou afetem a coisa pública federal. Cabe ao Tribunal verificar se a atividade das unidades jurisdicionadas, dos gestores públicos e dos particulares que participam da vida pública transcorre em harmonia com os parâmetros de legalidade, legitimidade e economicidade, funcionando como uma espécie de “revisor geral da Administração Pública” (PEREIRA, 2018).

Na esfera do tratamento de dados pessoais, havendo tratamento de dados realizado com recursos – financeiros, patrimoniais ou humanos – públicos federais, pode-se afirmar estar atraído o controle externo do Tribunal de Contas da União. E não excede também afirmar que todo órgão ou ente público trata dados pessoais, ainda que em variáveis escalas, por meios e tempos distintos, por diferentes finalidades ou com fundamento em bases legais diversas.

Compete, logo, ao TCU analisar se os processos instituídos para tratamento de dados por cada uma das unidades jurisdicionadas encontram compatibilidade com os parâmetros de controle já citados. A avaliação dos processos é ampla, podendo recair sobre: normatização, segurança da informação, sistemas de tratamento e compartilhamento de dados, critérios de seleção e capacitação de agentes de tratamento, formas de comunicação de incidentes de segurança, relacionamento com os titulares de dados, entre outras hipóteses.

Na análise dos processos, espera-se da Corte de Contas a razoabilidade na aplicação de controles, considerados contextos, portes e objetivos institucionais distintos. Ilustrativamente, imagine-se que na execução de uma mesma política pública, como a política habitacional ligada ao Programa Minha Casa Minha Vida, o controle havido sobre a Caixa Econômica Federal (gestora do Programa) seja diferente daquele havido sobre pequenas municipalidades que participam da seleção de beneficiários e distribuição de imóveis.

Por evidente, não cabe ao Tribunal enquadrar determinando fato sabido ou verificado em uma das condutas consideradas pela LGPD como infração, mas, ao revés, não se pode descartar a possibilidade de que, a partir de tipificação feita pela Autoridade Nacional, o TCU busque avaliar a conformidade do ato na seara do controle externo.

Do aspecto do controle subjetivo, também cabe ao TCU julgar condutas pessoais dos agentes públicos que atuam no tratamento de dados pessoais. Conforme já explanado, eventual responsabilização pessoal pode ensejar consequências como aplicação de multa e imputação de débitos, inabilitação para exercício de função pública ou inidoneidade.

Conquanto se trate de hipótese ainda pouco verificada concretamente no âmbito da proteção de dados, vale suscitar que a possibilidade de atribuição de responsabilidade pessoal, com desdobramentos pecuniários e em vedações funcionais, parece elevar o grau de enforcement das decisões do TCU.

Soma-se a isso a previsão contida na própria LGPD acerca da responsabilidade dos agentes de tratamento (artigo 52) e que a ANPD já manifestou a compreensão de que “o servidor público que infrinja a LGPD também é passível de responsabilização administrativa pessoal e autônoma, conforme o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro)” (BRASIL, 2023, p. 8).

No ponto, importa destacar as peculiaridades que permeiam a Administração Pública naquilo que tange às definições dos agentes de tratamento. Em guia orientativo publicado em abril de 2022 (BRASIL, 2022, p. 9-10), a ANPD assim se pronuncia, em entendimento compartilhado pelo TCU no Acórdão nº 1384/2022-TCU-PI:

21. 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).

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

23. 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.

24. 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. 26), de atendimento às exigências da ANPD (art. 29) e de aplicação de sanções administrativas (art. 52, § 3º).

25. 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).

Os titulares de dados também podem se relacionar com a Administração de formas diversas – cidadão, consumidor, servidor público, terceirizado, representante de fornecedor, licitante, etc. Tal diversidade de relações jurídicas implica cenários de tratamento de dados igualmente diversos, afetando os princípios, as bases legais e o legítimo interesse que ancoram o tratamento ou até mesmo ocasionando a inaplicabilidade da LGPD (ex: artigo 4, III, LGPD).

A interferência do TCU no tratamento de dados ainda pode ocorrer de modo preventivo e educativo, aderindo ao antes mencionado modelo de regulação responsiva que norteia a ANPD. Aqui, volta-se ao Acórdão nº 1384/2022-TCU-PI, cujo processo de auditoria antecedente “induziu a adoção das primeiras medidas por várias organizações, devido à expectativa de controle criada” e se propôs a “(i) a efetividade das práticas governamentais para proteção de dados pessoais; (ii) a conscientização das organizações públicas quanto à necessidade de conduzirem iniciativas para adequação à LGPD; (iii) a produção de conhecimento capaz de auxiliar as organizações na condução dessas iniciativas; (iv) a indução da estruturação da ANPD; e (v) a promoção do acesso dos cidadãos aos direitos estabelecidos na LGPD”.

3.2 Jurisdição sobre a estrutura de proteção de dados

Em tópico antecedente, foi apresentada uma série de instrumentos que viabilizam o controle externo exercido pelo TCU e cujas funcionalidades, antecipou-se, demonstram inequívoca aptidão para investir a Corte em essencial papel na busca pela efetividade do direito fundamental à proteção de dados pessoais. O presente tópico, em complemento, almeja elucidar os limites de atuação do Tribunal, considerada especialmente a coexistência de órgãos e esferas de controle, inclusive no que tange à proteção de dados.

A questão pode ser avaliada, inicialmente, sob o prisma da redundância das esferas de controle, tema objeto de constante debate institucional e acadêmico, na medida em que a convivência de instâncias atuantes sobre um mesmo fato é recorrentemente capaz de acarretar zonas de sombreamento de compe-

tências. Quanto à relação da Corte de Contas com as demais esferas de controle, vale citar:

A existência de vários nichos de controle impõe ao Tribunal um dever de cuidado o exercício da jurisdição a fim de evitar a usurpação das funções de outros órgãos de controle, a qual, além de contrária ao Estado de Direito, causa insegurança jurídica e implica custos aos administrados por redundância de controle. (ALVES; ZYMLER, 2023, p. 66)

Dois possíveis conflitos no cenário de proteção de dados pessoais apresentam-se, de início: aquele que diz com o estabelecimento de diretrizes e normatizações e aquele que conversa com o poder sancionatório.

No primeiro, em que a atuação do TCU ocorre principalmente com a análise de processos à luz da eficiência e da economicidade, deve haver o diálogo com as unidades estatais desenhadas para pensar a proteção de dados. Pense-se, por exemplo, o estabelecimento de diretriz estratégica ou a sugestão de ação pelo Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade – CNPD (artigo 58-B, LGPD) que conflite com recomendação feita pelo TCU no bojo de determinado processo de controle externo.

Já no âmbito sancionatório, muito embora a própria LGPD traga um norte interpretativo ao afirmar que “suas competências prevalecerão, no que se refere à proteção de dados pessoais, sobre as competências correlatas de outras entidades ou órgãos da administração pública” (artigo 55-K, LGPD), tal preponderância, por si só, não parece eliminar potenciais conflitos surgidos do acionamento de instâncias distintas a partir dos desdobramentos de um mesmo fato.

Assim, tomando como premissa que os contornos da jurisdição são e serão legalmente bem traçados ou ficarão propositalmente a cargo de conceitos abertos que confirmam algum grau de plasticidade, o ajuste dos territórios de competência deverá sempre ser objeto de diálogos institucionais.

Mais além, ainda que não exista propriamente um conflito de instâncias punitivas e as diferentes sanções possam recair sobre desdobramentos de fato único, sem configurar indesejado *bis in idem*, pontua Ana Frazão (2023) que:

Do ponto de vista do princípio da proporcionalidade, as penas que essas diferentes autoridades

impõem ao mesmo administrado precisariam estar sujeitas a uma espécie de controle comum, isso quer dizer que, se o CADE vai punir um fato que já foi punido pela ANPD, ele precisa levar em consideração aquela punição na sua dosimetria e vice-e-versa, porque apesar de ser possível esse desdobramento, mal ou bem o poder punitivo do Estado também apresenta uma dimensão de unicidade e essa dimensão, a meu ver, se projeta especialmente no princípio da proporcionalidade da pena.

Faz-se, logo, razoável defender que o poder punitivo, quanto fragmentado e distribuído entre os diversos atores estatais, é um poder do Estado e que deve ser imposto com coordenação e coerência.

No caso das agências reguladoras, entidades que também carregam em sua essência a função de controle, o papel constitucional do TCU centra-se em fiscalizar as ações conduzidas a partir da definição de um escopo e um universo de trabalho, a serem examinados com relação aos processos executados pelos órgãos de regulação setorial. Este é o chamado controle de segunda ordem, conceituado e consolidado pela jurisprudência da Corte em meados de 2004, consoante se depreende dos precedentes a seguir reproduzidos:

Acórdão 1.703/2004-TCU- PI (Relator Min. Benjamin Zymler)

Nesse sentido, cumpre reiterar que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de segunda ordem, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório. Logo, essa fiscalização não deve versar sobre o jogo regulatório em si mesmo considerado.

Acórdão 2.302/2012-TCU-PI (Relator Min. Raimundo Carreiro)

A fiscalização do TCU sobre as agências reguladoras é de segunda ordem, cabendo a estas a fiscalização de primeira ordem, bem como as escolhas regulatórias, e ao TCU verificar se não houve ilegalidade ou irregularidade na atuação dessas autarquias especiais.

Já realizada a devida ressalva quanto às diferenças que permeiam as agências reguladoras e a ANPD, inexiste razão para

afastar o controle de segunda ordem da relação entre o TCU e a Autoridade. A aplicação do controle de segunda ordem, inclusive, é vista com facilidade no bojo do já mencionado Acórdão nº 1.384/2022-TCU-PI, o qual, ao esclarecer a análise feita sobre a ANPD, afirma *“a primeira parte explora o contexto de criação do órgão, a legislação aplicável, as competências, a estrutura e o planejamento estratégico”* (item 301).

Na ocasião do referido julgamento, momento ainda inicial de vigência da LGPD e de organização da ANPD, o posicionamento adotado pelo TCU, implementando o controle de segunda ordem, mostrou-se assaz importante para provocar ações por parte das unidades jurisdicionadas auditadas, incluindo a própria Autoridade Nacional. Aborda-se, a seguir, o Acórdão nº 1.384/2022-TCU-PI e seus principais pontos.

3.3 Precedente: Acórdão nº 1.384/2022-TCU-PL

Em 2020, o TCU iniciou auditoria para analisar a adequação de 382 organizações públicas federais à LGPD e a estruturação da ANPD. Tal auditoria, declaradamente, ainda continha em si o objetivo de *“estimular a implantação da cultura de segurança da informação e de proteção de dados pessoais na Administração Pública Federal”* (item 13).

A metodologia utilizada, em suma, consistiu no encaminhamento de questionários às unidades jurisdicionadas para que os gestores apresentassem as respostas que melhor refletiam a situação dos controles relacionados à LGPD em cada organização, havendo, logo, a autoavaliação dos controles.

Após a consolidação das respostas, foram atribuídas notas às entidades, a partir de cálculo específico de indicador, e definidos quatro níveis de adequação à LGPD: inexpressivo (17,8%), inicial (58,9%), intermediário (20,4%) e aprimorado (2,9%).

Ao fim da fiscalização, o Acórdão nº 1.384/2022-TCU-PI trouxe extensa lista de recomendações e determinações às organizações. Destaca-se: recomendações quanto à identificação e à criação de normativos; à elaboração de políticas; à adequação de contratos; à clareza quanto às atribuições dos agentes de tratamento; à implementação de mecanismos de atendimento dos direitos dos titulares de dados; à estipulação de controles para uso compartilhado de dados pessoais; à elaboração de planos de resposta a incidentes de segurança, à elaboração de controles de acesso e registro em sistemas de dados; determinação de monitoramento constante das recomendações feitas no acórdão.

É assim que referido julgado, por tantas vezes referenciado ao longo do presente trabalho, o primeiro em que a Corte de Contas se debruçou com tamanha amplitude sobre a aplicação da LGPD pela Administração Pública Federal e que logrou induzir os primeiros movimentos de adequação à LGPD por parte de muitas das entidades auditadas, bem simboliza a importância e a diversidade da atuação do TCU no cenário da proteção de dados pessoais.

O monitoramento pelo Tribunal, no entanto, deve ser constante e introduzido nas rotinas do Tribunal. É assim que, após a prolação do Acórdão nº 1.384/2022-TCU-PI e o encerramento do respectivo processo, o Acórdão nº 889/2024-TCU-PI autorizou a abertura de nova fiscalização, na modalidade *auditoria de conformidade*, com o objetivo de avaliar a adequação das organizações públicas federais à Lei nº 13.709/2018, ainda pendente de julgamento.

Conclusão

Ao tratar da tecnologia e do uso de dados pessoais, Evgeny Morozov (2018, p. 10) afirma que “não se pode enfrentar com êxito o desafio imposto pelas grandes empresas tecnológicas apenas com intervenções jurídicas, por mais bem concebidas que sejam”.

Diferentemente da selvageria dos interesses das grandes corporações, a Administração Pública, em seu processo de digitalização e de *datificação*, deve atribuir aos instrumentos jurídicos e à institucionalidade mais do que um papel secundário; esses devem ser norteadores da vida pública.

Por todo o colocado na pesquisa ora desenvolvida, o Tribunal de Contas da União parece possuir as competências e as ferramentas necessárias para, com proeminência, auxiliar na atribuição de efetividade ao direito constitucional à proteção de dados pessoais no âmbito da Administração Pública Federal. Mais ainda, o TCU move-se pelo *animus* de fazer a Administração Pública sempre funcionar do modo mais racional e eficaz possível, o que, inevitavelmente, requer adaptação às inovações tecnológicas e ao uso de dados.

Para além da proteção de dados, a Corte de Contas é uma instituição que não tem se esquivado de abordar outros temas afetos à tecnologia, a exemplo de auditorias sobre a implementação da Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e sobre os riscos de segurança da informação em entes federais (*vide* TC 033.638/2023-3 e TC 017.413/2023-0).

Ademais, também em suas atividades internas, cuja dinâmica exige dos servidores a análise e o cruzamento de uma infinidade de documentos e dados, o TCU foi considerado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE em estágio avançado de uso de inteligência artificial generativa, com o desenvolvimento do ChatTCU, tecnologia que aumenta a eficiência dos auditores na coleta e na revisão de documentações.

O desafio da proteção de dados pessoais pela Administração Pública é superlativo e tende a ser renovado com o surgimento de novas tecnologias. A atuação do TCU, porém, ao lado dos demais artífices institucionais, apresenta-se com relevo na construção de um cenário de segurança de dados na esfera pública federal e na concretização do direito constitucional à proteção de dados pessoais.

Referências

- ABRUSIO, Juliana et al. **A proteção de dados pessoais no STF e o papel do IBGE**. Consultor Jurídico, mai 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-29/maranhao-campos-abrusio-protecao-dados-stf-ibge>>. Acesso em 25 abr 2024.
- ALVES, Fabrício da Mota; VALADÃO, Rodrigo Borges. **ANPD: agência reguladora ou autoridade reguladora independente?** Migalhas, jul 2022. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/dados-publicos/369257/anpd-agencia-reguladora-ou-autoridade-reguladora-independente>>. Acesso em 25 abr 2024.
- ANDRADE, Lucas. **O direito fundamental à proteção de dados pessoais e a persecução penal**. Migalhas, jan 2023. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/379803/o-direito-a-protecao-de-dados-pessoais-e-a-persecucao-penalu>>. Acesso em 25 abr 2024.
- BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Balanço 3 anos**. Brasília, 2023. Disponível em <https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e-publicacoes/anpd_balanco_tres_anos.pdf>. Acesso em 25 abr 2024.
- BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Guia orientativo: definições dos agentes de tratamento de dados pessoais e do encarregado**. Brasília, 2022. Disponível em <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/documentos-e>>.

publicacoes/guia_agentes_de_tratamento_e_encarregado_defeso_eleitoral.pdf>. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Guia orientativo: tratamento de dados pessoais pelo Poder Público**. Brasília, 2023. Disponível em <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/documents-e-publicacoes/documents-de-publicacoes/guia-poder-publico-anpd-versao-final.pdf>>. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. Autoridade Nacional de Proteção de Dados. **Processos administrativos sancionadores**. Brasília, 2024. Disponível em <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/composicao-1/coordenacao-geral-de-fiscalizacao/processos-administrativos-sancionadores>>. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constiticao.htm>. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. **Lei nº. 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, 2018. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. Senado Federal, jun 2019. **Projeto de Lei 615/2023**. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9560353&ts=1710958693273&ren>>

dition_principal=S&disposition=inline. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa TCU 91/2022**. Brasília, 2022. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/COPIATI PONORMA%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMNORMA%253A91%2520/DATANORMAORDENACAO%2520desc/0>. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução TCU 315/2020**. Brasília, 2020. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/COPIATIPO NORMA%253A%2528%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMNORMA%253A315%2520/DATANORMAORDENACAO%2520desc/0>. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução TCU 350/2022**. Brasília, 2022. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/COPIATIPO NORMA%253A%2528%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMNORMA%253A350%2520/DATANORMAORDENACAO%2520desc/0>. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Inspeção TC 007.570/2012-0. Acórdão 2.881/2013-PI**. Relator Ministro Weder de Oliveira. Brasília, 2013. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2881%20ANOACORDAO:2013%20COLE>

GIADO: %22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0 >. Acesso em 25 abr 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório de Auditoria TC 039.606/2020-1. Acórdão 1.384/2022-PI.** Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, 2022. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1384%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5>. Acesso em 25 abr 2024.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas.** Editora Fórum, Belo Horizonte, set 2018. Disponível em <<https://editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>>. Acesso em 25 abr 2024.

FRAZÃO, Ana. **14º Seminário de Privacidade: Painel 1: ANPD e regulamentação de sanções administrativas.** Youtube, 2023. Disponível em <https://www.youtube.com/live/kdpZDtwMod0?si=0eBk3OLFp_2NY2J>. Acesso em 25 abr 2024.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental.** Série IDP: linha pesquisa acadêmica. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos tribunais de contas.** Revista Brasileira de Direito Públíco, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jul 2003. Disponível em <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/18610>>. Acesso em 25 abr 2024.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política.** Tradução: Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **TCU como regulador de segunda ordem.** Migalhas, nov 2018. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/291733/tcu-como-regulador-de-segunda-ordem>>. Acesso em 25 abr 2024.

SARLET, Ingo. **A EC 115/22 e a proteção de dados pessoais como direito fundamental I.** Consultor Jurídico, mar 2022. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-mar-11/direitos-fundamentais-ec-11522-protectao-dados-pessoais-direito-fundamental/>. Acesso em 25 abr 2024.

ZYMLER, Benjamin; **ALVES**, Francisco Sérgio Maia. **Processo no Tribunal de Contas da União.** Belo Horizonte: Fórum, 2023.

