



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

JOURNAL OF CONSTITUTIONAL RESEARCH

vol. 9 | n. 3 | setembro/dezembro 2022 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br



Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22

Data protection, competencies of the federal entities and Constitutional Amendment no. 115/22

RICARDO MARCONDES MARTINS^{1,*}

¹Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil)
ricmarconde@uol.com.br
<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>

Recebido/Received: 04.06.2022 / 4 June 2022

Aprovado/Approved: 27.10.2022 / 27 October 2022

Resumo

É controversa a abrangência da Lei Geral de Proteção de Dados sobre o acesso administrativo, não empresarial, estadual e municipal a dados. Caso se admita essa abrangência, a Lei é inconstitucional. A Emenda Constitucional n. 115/22 pretendeu atribuir à União competência para disciplinar esse acesso, de modo a convalidar essa inconstitucionalidade. A diminuição da competência estadual e municipal para legislar sobre direito administrativo é inconstitucional, pois viola a cláusula pétreia da forma federativa. Superada essa tese, é inconstitucional a pretensa convalidação, efetuada por Emenda, de inconstitucionalidade de lei pretérita, por ofensa à segurança jurídica e à moralidade. Superada essa tese, há de se reconhecer a manifesta incompetência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados tanto para exigir de Estados e Municípios que cumpram as exigências da LGPD, como, no caso de descumprimento, para sancioná-los.

Palavras-chave: acesso administrativo a dados, entidades federativas, convalidação por Emenda, limites ao poder de reforma constitucional.

Abstract

It is controversial the scope of the General Data Protection Law on administrative, non-business, state and municipal access to data. If this scope is admitted, the Law is unconstitutional. Constitutional Amendment no. 115/22 intended to give the Union competence to regulate this access, in order to validate this unconstitutionality. The reduction of state and municipal competence to legislate on administrative law is unconstitutional, as it violates the immutable clause of the federative form. Once this thesis is overcome, the alleged convalidation, effected by an Amendment, of the unconstitutionality of a previous law is unconstitutional, because it offends legal security and morality. Overcoming this thesis, we must recognize the manifest incompetence of the National Authority for Data Protection both to require states and municipalities to comply with the requirements of the LGPD, and, in case of non-compliance, to sanction them.

Keywords: administrative access to data, federative entities, convalidation by Amendment, limits to the power of constitutional reform.

Como citar esse artigo/How to cite this article: MARTINS, Ricardo Marcondes. Proteção de dados, competências dos entes federativos e a Emenda Constitucional n. 115/22. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 9, n. 3, p. 645-658, set./dez. 2022. DOI: 10.5380/rinc.v9i3.87107.

* Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. E-mail: ricmarconde@uol.com.br.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Abrangência da Lei 13.709/18; 3. Competência para legislar sobre direito administrativo; 4. Alteração constitucional das competências federativas; 5. Impossibilidade de convalidação por reforma constitucional; 6. ANPD x Administração municipal e estadual; 7. Conclusões; 8. Referências.

1. INTROITO

A Lei Federal n. 13.709/18, intitulada — pela Lei 13.853/19 — de Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), disciplina a proteção de “dados pessoais”. Nos termos do inciso I do art. 5º, “dados pessoais” consistem em “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”. Como se trata de informações relacionadas a pessoa, seu resguardo é um “direito da personalidade” e, por conseguinte, no direito brasileiro, um “direito fundamental”. Os chamados “direitos da personalidade” são direitos da pessoa decorrentes de sua própria condição de pessoa¹. Em obra pioneira na doutrina brasileira, Carlos Alberto Bittar conceituou-os como “direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade”². Por evidente, a proteção das informações pessoais são decorrência direta dos direitos ao corpo, à honra, à imagem, à privacidade, ao nome e à identidade³. No direito brasileiro, os direitos da personalidade são direitos fundamentais, alguns expressos (CF, art. 5º, VI, X), outros implícitos (CF, art. 5º, §2º)⁴.

Após a vigência da Lei 13.709/18 — que, regra geral, ocorreu em 15.08.20⁵ —, foi promulgada, em 10.02.22, a Emenda Constitucional n. 115, que fez três acréscimos ao texto permanente da CF/88. Acrescentou o inciso LXXIX ao art. 5º. da CF/88 para prever expressamente, dentre o rol dos direitos fundamentais, o “direito à proteção dos

¹ Cf. BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 21.

² BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 1.

³ Sobre esses direitos vide, por todos: SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 71 et seq.

⁴ Observam Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva: “Os direitos da personalidade devem ser entendidos como especificação analítica da cláusula geral da tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional contida nos arts. 1º, III (dignidade da pessoa humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial) e 5º, §2º (mecanismos de expansão do rol dos direitos fundamentais)” (TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil – v. I: Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 156).

⁵ O art. 65, II, da LGPD teve sua redação alterada pela Lei n. 13.853/19, fruto da conversão da Medida Provisória n. 869/18, para estender o prazo da **vacatio legis**: era de dezoito meses e passou a ser de vinte e quatro meses. É de se lembrar que a lei entra em vigor no dia subsequente à consumação do prazo da **vacatio legis**, nos termos do §1º do art. 8º da Lei Complementar n. 95/98. Logo, passou a vigor em 15.08.20. Por força do inciso I do art. 65, os arts. 55-A a 55-L e 58-A e 58-B entraram em vigor em 28.12.18; e por força do inciso I-A, incluído pela Lei 14.010/20, os arts. 52, 53 e 54 entraram em vigor em 01.08.21. A Medida Provisória 959/20 alterava o inciso II do art. 65 para estender a **vacatio legis** dos demais dispositivos para 03.05.21, mas, quando de sua conversão na Lei 14.058/20, a regra não foi mantida.

dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Acrescentou, também, o inciso XXVI ao art. 21 para prever, dentre as competências da União, a competência para “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei”. E o inciso XXX ao art. 22 para prever, dentre as competências privativas da União, a de legislar sobre “proteção e tratamento de dados pessoais”. Perceba-se: primeiro foi editada a Lei Federal n. 13.709/18; depois foi alterada a Constituição para atribuir à União competência privativa para legislar sobre o tema.

Ninguém na comunidade jurídica brasileira negava que a proteção de dados pessoais configurava direito da personalidade e, pois, direito fundamental. A referida inserção do inciso LXXIX ao art. 5º., se, por um lado, agradou aos entusiastas do tema, por outro, juridicamente, só teve função didática: tornou expresso o que já se extraía implicitamente do direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem, já estabelecido no inciso X do art. 5º. A grande “novidade” da Emenda 115/22 não está, por óbvio, nessa inserção, mas na alteração das competências privativas da União. Era controverso que a Lei 13.709/18 dispunha sobre o acesso municipal e estadual aos dados pessoais. Caso se entendesse que a lei disciplinava a atuação administrativa municipal e estadual, sua inconstitucionalidade seria manifesta. A Emenda procurou tornar válida essa disciplina e convalidar a inconstitucionalidade. A pretensão do Reformador, porém, envolve obstáculos jurídicos difíceis de transpor, nos termos a seguir explicados.

2. ABRANGÊNCIA DA LEI 13.709/18

A abrangência da Lei 13.709/18 é controversa.⁶ É indiscutível que ela disciplina o “acesso privado empresarial de dados”, vale dizer, o acesso a dados pessoais no âmbito da exploração da atividade econômica realizada pelos particulares, ou seja, o acesso privado com finalidade lucrativa. Tanto o acesso a dados por pessoa jurídica privada como o acesso por pessoa física, se realizado com a finalidade econômica, é abrangido pela Lei n. 13.709/18 (art. 4º, I).⁷ A competência da União para legislar sobre esse acesso privado era e é indiscutível, pois nos termos de norma originária da Constituição, compete privativamente à União tanto legislar sobre direito civil como legislar sobre direito comercial (CF, art. 22, I). Já não é tão simples definir quais os “acessos privados” não empresariais são abrangidos pela Lei. Expressamente exclui de sua incidência: 1) todo acesso privado realizado por pessoa física para fins não exclusivamente particulares e

⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de; PERIM, Maria Clara Mendonça; RIBEIRO, Koryander Figueirêdo. As assimetrias da regulação estatal para a proteção de dados pessoais e a afirmação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 267-296, jan./mar. 2022.

⁷ ALMEIDA, Bianca Cavalli; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas Instituições Financeiras Brasileiras. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 2, p. 281-303, maio/ago. 2021.

não econômicos (art. 4º, I); 2) acesso privado realizado para fins exclusivamente jornalístico ou artísticos (art. 4º, II, “a”); 3) acesso privado realizado para fins exclusivamente acadêmicos (art. 4º, II, “b”) — nesse último caso o afastamento é parcial, pois, por força da alteração efetuada pela Lei 13.853/19, aplicam-se a ele os arts. 7º. e 11.

A controvérsia aumenta quando se trata de “acesso administrativo de dados”, vale dizer, acesso a dados pessoais realizado pela Administração Pública, direta ou indireta. Nesse caso, a própria Lei exclui de sua incidência o acesso para fins exclusivos de segurança nacional, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais (art. 4º., III). Por evidente, essas quatro hipóteses são próprias do exercício da função administrativa e, pois, dizem respeito ao acesso administrativo. Afora essas hipóteses, porém, resta o seguinte problema: e os demais acessos administrativos, alicerçados em outras finalidades, estão abrangidos pela disciplina da Lei 13.709/18? A resposta é indiscutível ao menos para um tipo de acesso administrativo: o acesso administrativo empresarial, realizado por empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica⁸.

A exploração estatal de atividade econômica, fundamentada no art. 173 da CF/88, não afasta a exploração privada, ou seja, dá-se em concorrência com ela⁹. Para que essa concorrência não seja desleal, as restrições impostas à atuação privada estendem-se à atuação estatal. Não se pode dizer, porém, que o regime jurídico do acesso administrativo de dados seja, nesse caso, idêntico ao regime jurídico do acesso privado. As empresas estatais exploradoras de atividade econômica não podem ter benefício que as empresas privadas não possuam, de modo que há uma necessária “igualdade de benefícios”, mas não há uma “igualdade de restrições”. As empresas estatais integram a Administração Indireta e não tem acesso a dados para, prioritariamente, obter superavit econômico, ou seja, para ter lucro; sua finalidade principal, por expressa disposição constitucional, é atender os imperativos de segurança nacional ou realizar relevante interesse coletivo¹⁰.

Mas e em relação a todas as demais hipóteses de acesso administrativo — acessos que não tenham por finalidade qualquer das hipóteses arroladas no art. 4º, cuja incidência sobre eles é expressamente afastada, e acessos referentes à exploração estatal de atividade econômica, cuja incidência é indiscutível? Que o Legislador federal tinha competência para legislar sobre o acesso a dados pela União era também incontroverso. O problema jurídico seria o Congresso Nacional resolver disciplinar o acesso

⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo: questões polêmicas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. (coord.). **LGPD & Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 21-22.

⁹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais - 2ª parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura** – RDAI, São Paulo, ano 4, n.15, p. 55-85, out.-dez. 2020, p. 66.

¹⁰ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo, op. cit., p. 24.

municipal e estadual. A controvérsia foi provavelmente a razão para a péssima redação da Lei 13.709/18: o texto não é nada claro quanto a sua abrangência.

3. COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ADMINISTRATIVO

No inciso I do art. 22 o Constituinte arrolou uma série de campos dogmáticos como de competência privativa da União: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. No inciso I do art. 24 estabeleceu outros como de competência concorrente da União e dos Estados: direito tributário, financeiro, previdenciário, econômico e urbanístico. Não consta nem de um e nem de outro o direito administrativo. Será esquecimento? Óbvio que não. Legislar sobre direito administrativo é inerente à autonomia administrativa¹¹. Quando, no art. 18, *caput*, o Constituinte atribuiu autonomia federativa à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, atribuiu-lhes também, *ipso facto*, competência para legislar sobre direito administrativo. A regra só é excetuada quando houver expressa disposição constitucional nesse sentido. Assim, compete, por exemplo, privativamente à União legislar sobre desapropriação e sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, justamente porque há norma constitucional expressa a esse respeito (CF, art. 22, II e XXVII).

O acesso a dados realizado pelos particulares é, por regra, objeto do direito comercial, quando realizado com intuito lucrativo, e do direito civil, quando realizado sem intuito lucrativo. Mas e o acesso a dados realizado pela Administração pública? A disciplina do exercício da função administrativa é objeto do direito administrativo. Ora, a conclusão é evidente: todo acesso administrativo a dados — com a ressalva já examinada do acesso realizado para exploração de atividade econômica, que é regido pelas mesmas restrições impostas às empresas privadas — é objeto do direito administrativo.

Logo, competia ao Congresso Nacional legislar sobre o acesso a dados pela União e pelos integrantes da administração indireta da União. Não competia ao Congresso Nacional legislar sobre acesso a dados pelos Estados e pelos Municípios. Daí o propósito da Emenda Constitucional n. 115/22: acrescentar nova hipótese de competência federal para legislar sobre direito administrativo. Perceba-se: a União já possuía competência para legislar sobre o acesso privado de dados, pois, nos termos aqui explicados, esse acesso é objeto do direito civil e comercial. A única utilidade da inserção do inciso XXX ao art. 22 foi atribuir à União competência para legislar sobre o acesso municipal e estadual de dados.

¹¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 321-322.

4. ALTERAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

Todos que escreveram sobre o Estado Federal são unânimes em reconhecer que, dentre suas notas definidoras, está a discriminação constitucional de competências.¹² O Estado Federal pressupõe que as competências das entidades federativas estejam fixadas no texto de uma Constituição rígida: trata-se de uma exigência indissociável do núcleo essencial do conceito de federalismo¹³. A divisão constitucional de competências dita a forma federativa instituída pelo constituinte. Com efeito: se a Constituição atribui muitas competências para União, constitui uma Federação mais centralizada, o que costuma acontecer com o federalismo por agregação ou de formação centrípeta; ao revés, se a Constituição atribui muitas competências para os Estados, constitui uma Federação mais descentralizada, o que costuma ocorrer com federalismos por desagregação ou de formação centrífuga¹⁴.

A forma federativa, no direito brasileiro, possui uma peculiaridade: é cláusula pétrea. Por força do artigo 60, §4º, inciso I, da CF/88 não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. Eis o problema: a que “forma federativa” o constituinte se refere nesse dispositivo? Não se trata por óbvio da forma federativa norte-americana, que deu origem ao conceito técnico de federação. Trata-se da forma instituída pelo Constituinte no texto originário de 1988. Não se admite sequer uma tendência a sua abolição¹⁵. Logo, indaga-se: o chamado Poder de Reforma pode alterar as competências fixadas no texto constitucional? Sim, mas desde que não altere o modelo federativo adotado. Na dúvida, a alteração é vedada. Perceba-se, portanto, o quanto é delicada a alteração da divisão de competências constitucionalmente estabelecidas: trata-se de alteração que toca diretamente no modelo federativo, modelo esse que está petrificado e, por isso, não admite alteração. A alteração da divisão de competências deve, por isso, ser feita com o máximo desvelo.

¹² CALÇADA, Luís Antonio Zanotta; RECK, Janriê Rodrigues. Federação, municípios e políticas públicas: o impacto da PEC do pacto federativo (nº 188/2019) no Rio Grande do Sul. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 859-876, set./dez. 2020.

¹³ É o que afirmam, dentre tantos: BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Natureza jurídica do Estado federal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948, p. 74; DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 24-26; BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 56; ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-52, em especial p. 42; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 417.

¹⁴ Por todos: HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 304; ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 54-56.

¹⁵ Sobre os limites à reforma constitucional, vide: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 71-81.

Conseqüentemente, diante da alteração das competências originariamente estabelecidas, empreendida pelo poder de reforma, deve o jurista indagar se houve ou não substancial alteração do modelo federativo eleito. O texto constitucional brasileiro, enfatiza-se, não permite substancial alteração do federalismo positivado: permite tão somente ajustes que reforcem o modelo eleito, permite tão somente modificações que mantenham a organização escolhida, que respeitem, enfim, o grau de autonomia atribuído a cada uma das entidades¹⁶.

Dito isso, retoma-se o problema ora examinado. É inerente à autonomia federativa legislar sobre direito administrativo. O Constituinte originário estabeleceu exceções a essa regra. Tendo em vista o fato de que a forma federativa, no direito brasileiro, é cláusula pétrea, pode-se estabelecer que, ao menos *prima facie*, é vedado ao Constituinte reformador restringir a competência de Estados e Município para legislar sobre direito administrativo. Ao restringir essa competência, o Reformador centraliza ainda mais a forma federativa brasileira, alterando-a sensivelmente; e ao alterar a forma federativa, por óbvio, viola o limite material estabelecido no inciso I do §4º do art. 60 da CF/88. Por conseguinte, a Emenda Constitucional n. 115/22 exige interpretação conforme: só será válida se tornar-se juridicamente inútil, vale dizer, se apenas especificou o que já constava do Texto constitucional vigente. O inciso LXXIX do art. 5º, já decorria de seu inciso X, e a competências estabelecidas no inciso XXVI do art. 21 e no inciso XXX do art. 22, se não estendidas ao acesso estadual e municipal a dados, já decorriam das competências originárias da União. A inovação propriamente dita — a competência federal para disciplinar acesso estadual e municipal — é, pois, inconstitucional.

5. IMPOSSIBILIDADE DE CONVALIDAÇÃO POR REFORMA CONSTITUCIONAL

Reconhece-se que a tese defendida no item anterior é deveras polêmica. A expansão das competências legislativas privativas federais no campo do direito administrativo é obstada pela cláusula pétrea da forma federativa. Suponha-se, porém, que a tese não seja procedente, ou seja, que seja válido ao Reformador da Constituição atribuir novas competências privativas à União para legislar sobre direito administrativo, de modo a retirar, por decorrência lógica, competências legislativas de Estados e Municípios. Nessa toada, suponha-se a validade da atribuição à União da competência para legislar sobre o acesso a dados pelos Estados e Municípios, supostamente empreendida pelo inciso XXX do art. 22, acrescido pela Emenda Constitucional n. 115/22. Suponha-se, também, que a Lei 13.709/18 tenha por objeto, afora as hipóteses expressamente excluídas, todo acesso administrativo estadual e municipal. Admitida, apenas

¹⁶ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 419-420.

pelo amor à reflexão teórica, a validade dessa atribuição, restará a seguinte questão jurídica: a Emenda Constitucional n. 115/22, no caso, terá o condão de “convalidar” a invalidade da disciplina federal do acesso administrativo estadual e municipal estabelecida na Lei 13.709/18?

Trata-se de tema pouco explorado na doutrina brasileira: a convalidação legislativa. A doutrina atribui a essa expressão um sentido bem amplo: chama-se convalidação legislativa toda norma editada pelo Legislador que tenha por efeito afastar ou obstar a invalidação de normas anteriormente inválidas¹⁷. É perfeitamente possível estendê-la à convalidação pretendida pelo Reformador da Constituição¹⁸. Aliás, é infelizmente um fenômeno frequente no direito brasileiro. Exemplo bastante emblemático é a Emenda Constitucional n. 57/2008, que estabeleceu, no art. 96 acrescentado ao ADCT, a convalidação dos atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31.12.06.

Foi, também, justamente o que se pretendeu pela Emenda Constitucional n. 115/22. Mais do que tornar expresso o que já estava implícito no texto Constitucional, o que era juridicamente desnecessário, a Emenda pretendeu atribuir competência privativa à União para legislar sobre a proteção de dados justamente para atribuir-lhe uma competência que ela não tinha: legislar sobre o acesso estadual e municipal. Pretendeu, pois, o Legislador, supondo que a Lei 13.709/18 disciplina esse acesso, “convalidar” seu manifesto vício de inconstitucionalidade. Eis a questão: essa convalidação é juridicamente válida?

A resposta é peremptoriamente negativa. Não pode Emenda Constitucional pretender suprir vício de inconstitucionalidade de lei pretérita. Foi o que defendeu, por fartos argumentos, Celso Antônio Bandeira de Mello, em trabalho específico sobre o tema. Primeiro porque a regra é a não retroação das normas jurídicas, de modo que Emendas Constitucionais, fruto do Poder de Reforma, e não do Poder Originário, devem respeitar à exigência de irretroatividade imposta pela segurança jurídica¹⁹. O contrário importaria em fragilização da higidez e supremacia constitucionais. Segundo, porque a Emenda convalidante configura fraude à Constituição, atentatória à

¹⁷ Por todos, Andrés Boix Palop conceitua a convalidação legislativa nestes termos: “una convalidación legislativa de actos o disposiciones administrativas ilegales es cualquier actuación del legislador que, por medio de la aprobación de una norma con rango de ley, pretende anular los efectos prácticos de la declaración de ilegalidad ya recaída o que pueda recaer en el futuro sobre una actuación previa de la Administración”. (PALOP, Andrés Boix. **Las convalidaciones legislativas**. Madrid: Iustel, 2004, p. 106).

¹⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo** – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31-437, em especial p. 424.

¹⁹ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda constitucional superveniente. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 23, p. 12-23, 1998, em especial p. 18-19.

moralidade²⁰. A convalidação só é válida quando realizada à luz do caso concreto, no exercício da função administrativa. Dessarte: o Reformador da Constituição incide em abuso do poder de reforma quando, no plano abstrato, de modo retroativo, pretende apagar inconstitucionalidades pretéritas²¹.

6. ANPD X ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL E ESTADUAL

As duas teses aqui apresentadas não são incontroversas. É de se intuir que para alguns será válido atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal a dados, bem como que será possível fazê-lo de modo retroativo, convalidando a inconstitucionalidade da Lei 13.709/18. Abstraindo os dois óbices aqui apresentados — afronta à cláusula pétrea da forma federativa, pela expansão da competência privativa federal para legislar sobre direito administrativo, ofensa à segurança jurídica, pela retroatividade da Emenda, e à moralidade pela convalidação da suposta inconstitucionalidade, resta apurar se a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão federal instituído no art. 55-A da LGPD, tem competência para exigir de Estados e Municípios o cumprimento da Lei 13.709/18, bem como se competência para sancioná-los em caso de descumprimento.

Ressalvado o acesso a dados por empresas estatais exploradoras de atividade econômica, por força das ressalvas já efetuadas²², e resposta é obviamente negativa. Observe-se que a ANPD não pode sancionar os próprios órgãos e entes federais em decorrência dos princípios da coordenação e da cooperação que presidem a organização administrativa²³. Órgãos de uma entidade federativa e entes integrantes da Administração indireta dessa entidade devem atuar como engrenagens da mesma administração, cooperando uns com os outros e atuando em coordenação em prol do cumprimento eficiente das respectivas competências. É possível que eventuais invalidades sejam

²⁰ Nas palavras do inclito professor: “Deveras, tal inteligência, propiciaria fraude ao próprio ordenamento, pois ensinaria e confortaria sua burla, efetuable mediante produção de leis inconstitucionais em antecipação a Emendas futuras ou, dito pelo inverso, ensinaria o bloqueio do reconhecimento de inconstitucionalidades, graças ao expediente de produzir emendas sucessivas. Inclinar-se por exegese conducente a tais resultados implicaria abraçar o contra-senso de reputar lógico que o ordenamento milite em seu próprio desfavor, isto é, o de que previamente assume que, se for burlado, tal burla será aprovada, validada e confrontada por seu aval protetor. Nisto estaria, então, implicado que o Direito prestigia ou é indiferente à fraude, à burla, não apenas a si próprio como aos membros da sociedade, inobstante o Estado de Direito seja concebido como instrumento de proteção aos cidadãos contra o exercício desatado do Poder”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda constitucional superveniente*, op. cit., p. 22-23).

²¹ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Ato administrativo*, op. cit., p. 435.

²² Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo*, op. cit., p. 26.

²³ Por óbvio, não faz sentido uma pessoa jurídica multar a si própria, daí o absurdo de um órgão federal multar outro órgão federal; mas também não faz sentido a Administração direta multar a indireta, já que sobre ela exerce controle administrativo ou tutela. Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo*, op. cit., p. 25.

corrigidas por meio das competências próprias da hierarquia, no âmbito da desconcentração, e pelas competências inerentes ao controle ou tutela administrativa, no âmbito da descentralização administrativa. A sanção de um órgão sobre outro ou de um órgão sobre ente da administração é, por óbvio, sem sentido.

Mais absurda seria sua atuação em face de órgãos e entes municipais ou estaduais. Inexiste relação de subordinação entre uma entidade federativa e o órgão federal. Aliás, inexiste relação de subordinação entre as entidades federativas. Entre elas, sequer existe controle administrativo. Assim como é absurdo supor que o Presidente da República responsabilize disciplinarmente Prefeitos e Governadores, é também absurdo supor que um órgão ou um ente federal multe um órgão ou um ente municipal ou estadual. O tema foi objeto de preciosa monografia de Geraldo Ataliba, que, com pena de ouro, afirmou:

A lei pode impor aos súditos das entidades políticas de que emanam a obrigação de arrecadar. Pode, também, dispor que as pessoas administrativas próprias o façam.

As pessoas políticas, entretanto (União, Estados e Municípios), em razão da autonomia política absoluta de que são dotadas, não podem ser obrigadas senão pela Constituição ou pelas próprias leis.

Quer dizer: as pessoas políticas não podem impor-se reciprocamente obrigações de natureza alguma. A lei federal não pode exigir nada de Estados e Municípios, da mesma forma que a lei estadual não o pode da União e dos Municípios, nem estes da União e dos Estados.²⁴

Mais adiante, concluiu o saudoso publicista pela manifesta inadmissibilidade de uma Autarquia federal sancionar Municípios:

É que não existe penalidade, como sanção, contra órgão público. A imposição de sanções, a aplicação de penalidades, supõe, da parte de quem as impõe, superioridade relativamente a quem as sofre. Aliás, é a faculdade de aplicar sanções nítido sinal de eminência, traço peculiar das relações de subordinação.²⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello, também em estudo específico sobre o tema, chegou às mesmas conclusões. O ato de multar pressupõe uma relação de supremacia entre quem multa e quem é multado. Inexistindo supremacia, é descabido falar em sanção. Nesse sentido:

²⁴ ATALIBA, Geraldo. **Regime jurídico constitucional das relações entre Municípios e Autarquias federais**. Santo André: Prefeitura Municipal de Santo André, 1966, p. 65.

²⁵ ATALIBA, Geraldo. **Regime jurídico constitucional das relações entre Municípios e Autarquias federais**. Santo André: Prefeitura Municipal de Santo André, 1966, p. 135.

Inexistindo um desnivelamento de planos, revelador da supremacia jurídica de uma das partes, é despropositado cogitar de multa. À falta de um estado de sujeição, característico de situação de inferioridade, não há que pensar em submissão ao ato de império trazido na multa. Só quem se encontre em posição subalterna, própria do súdito, pode ser colhido por uma tão relevante manifestação de autoridade²⁶.

Pouco adiante, reconhece o aclamado administrativista a impossibilidade de entidades federativas multarem umas às outras:

Nem União, nem Estados, nem Municípios podem reciprocamente se multar. Que dizer, então, de uma autarquia multar um município? Uma simples ramificação administrativa, desnutrida de qualquer poder político, exercer “imperium” sobre entidade de existência constitucional necessária é hipótese que agride os mais rudimentares princípios de Direito.

Atualmente, em que a doutrina do direito administrativo foi cooptada pelo poder econômico²⁷, em que o estudo das bases conceituais elementares está cada vez mais comprometido, faz-se necessário afirmar o óbvio. No cenário atual, de clímax da falta de seriedade dos estudos jurídicos, a comunidade jurídica chega ao absurdo de tornar controversas teses óbvias. Todos sabem que inexistente hierarquia entre União, Estados e Municípios. Mais do que isso: inexistente controle administrativo entre eles. Cada entidade federativa exerce controle sobre os entes de sua própria Administração indireta, não, porém, sobre as demais entidades federativas. Nisso reside a diferença fundamental entre a descentralização política e a descentralização administrativa: na primeira, ao contrário do que ocorre na segunda, inexistente controle administrativo entre as entidades²⁸. Estando todas as entidades federativas em uma relação horizontal de sujeição, descabe qualquer controle administrativo de uma sobre as outras. O descumprimento da lei por Estados e Municípios pode ser impugnado na instância jurisdicional, quando houver provocação dos legitimados, ou na instância administrativa dos próprios Estados e Municípios, no exercício do controle administrativo interno ou externo. Jamais no controle administrativo entre entidades federativas.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Impossibilidade de o INPS multar Municípios. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**. São Paulo, ano 05, n. 17, p. 373-376, abr.-jun. 2021, p. 374.

²⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019, p. 113.

²⁸ Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Descentralização administrativa e contrafações. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 47-73, mar.-abr. 2019, p. 49.

7. CONCLUSÕES

1. A Emenda Constitucional 115/22 alterou a Constituição para prever expressamente o direito fundamental à proteção de dados e para atribuir à União a competência material para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, bem como para lhe atribuir competência privativa para legislar sobre proteção de dados. Era incontroverso que o direito à proteção de dados decorria do direito fundamental à intimidade, vida privada, honra e imagem. Também era incontroverso que a União tinha competência para disciplinar o acesso privado de dados. A única utilidade da Emenda foi atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal a dados.

2. O âmbito de incidência da Lei 13.709/18 (LGPD) é controverso. É indiscutível que rege o acesso privado empresarial. Também é indiscutível que rege o acesso administrativo empresarial, vale dizer, o acesso realizado por empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Não é clara, porém, sua incidência sobre os demais acessos, sobretudo os acessos administrativos não empresariais.

3. Legislar sobre direito administrativo é inerente à autonomia federativa. Exceção a essa regra exige expressa previsão constitucional. A União não possuía competência para legislar sobre o acesso municipal e estadual a dados. Em relação aos Estados e Municípios, as restrições impostas pela Lei 13.709/18 aplicam-se apenas às empresas estatais exploradoras de atividade econômica.

4. A federação pressupõe a discriminação de competências das entidades federativas no Texto constitucional, distribuição que dita os contornos da Federação. No direito brasileiro, a forma federativa é cláusula pétrea, não se admitindo qualquer reforma que tenda a abolir. Concluiu-se que a diminuição da competência estadual e municipal para legislar sobre direito administrativo é inconstitucional, por violar a cláusula pétrea da forma federativa. Logo, impõe-se uma interpretação conforme à Emenda Constitucional n. 115/22: só será válida se não atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal. Noutras palavras: só é válida se for juridicamente inútil, apenas tornando expresso o que já constava implicitamente do texto constitucional.

5. Caso as referidas teses sejam afastadas, vale dizer, caso se admita a alteração da Constituição para atribuir à União competência para legislar sobre o acesso estadual e municipal a dados, bem como se considere que a LGPD disciplina esse acesso, a Emenda Constitucional n. 115/22 não tem o condão de convalidar a inconstitucionalidade da LGPD. Primeiro porque é vedado à Emenda retroagir seus efeitos; segundo porque pretender convalidar inconstitucionalidade pretérita atenta contra a moralidade e configura abuso do poder de reforma.

6. Superada também essa tese — admitida que a LGPD disciplina o acesso estadual e municipal, bem como admitida que a inconstitucionalidade dessa disciplina foi

convalidada pela Emenda Constitucional n. 115/22 —, impõe-se a conclusão de que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) não possui competência para impor exigências a Estados e Municípios, muito menos para sancioná-los. Inexiste relação de subordinação entre as entidades federativas, de modo que descabe qualquer controle administrativo de umas sobre as outras.

8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bianca Cavalli; FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Impactos da Lei Geral de Proteção de Dados nas Instituições Financeiras Brasileiras. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 12, n. 2, p. 281-303, maio/ago. 2021.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. Características comuns do Federalismo. In: BASTOS, Celso (coord.). **Por uma nova federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-52.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; PERIM, Maria Clara Mendonça; RIBEIRO, Koryander Figueirêdo. As assimetrias da regulação estatal para a proteção de dados pessoais e a afirmação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 22, n. 87, p. 267-296, jan./mar. 2022.

ATALIBA, Geraldo. **Regime jurídico constitucional das relações entre Municípios e Autarquias federais**. Santo André: Prefeitura Municipal de Santo André, 1966.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Leis originariamente inconstitucionais compatíveis com Emenda constitucional superveniente. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 23, p. 12-23, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Impossibilidade de o INPS multar Municípios. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI**. São Paulo, ano 05, n. 17, p. 373-376, abr.-jun. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Natureza jurídica do Estado federal**. São Paulo: Prefeitura do Município de São Paulo, 1948.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito constitucional brasileiro: o problema da Federação**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CALÇADA, Luís Antonio Zanotta; RECK, Janriê Rodrigues. Federação, municípios e políticas públicas: o impacto da PEC do pacto federativo (nº 188/2019) no Rio Grande do Sul. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 7, n. 3, p. 859-876, set./dez. 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Estado Federal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Lei geral de proteção de dados pessoais e direito administrativo: questões polêmicas. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes. (coord.). **LGPD & Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 17-31.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria constitucional das empresas estatais - 2ª parte. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura** – RDAI, São Paulo, ano 4, n.15, p. 55-85, out.-dez. 2020.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Tratado de direito administrativo** – v. 5: Ato administrativo e procedimento administrativo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 31-437.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Crise do ato administrativo e a retomada de sua centralidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 105-141, jan./mar. 2019.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Descentralização administrativa e contrafações. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 47-73, mar.-abr. 2019.

PALOP, Andrés Boix. **Las convalidaciones legislativas**. Madrid: Iustel, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Fundamentos do Direito Civil – v. I: Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.