A Inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 1.124/2022

Por Sávio Luiz Martins Pereira

A edição do Diário Oficial da União publicada em 13 de junho de 2022 veiculou a Medida Provisória (MPV) de nº 1.124, que “*transforma a Autoridade Nacional de Proteção de Dados em autarquia de natureza especial*”.

Assinada pelo Presidente da República em conjunto com os Ministros da Economia e da Casa Civil, a Medida Provisória tem aspirações republicanas, ao confiar mais autonomia e independência a então Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais – operante, até a edição da referida MPV, sob a forma de órgão subordinado à Presidência da República, estrutura na qual se insere (vide art. 55-A da Lei nº 13.709/2018, introduzido pela Lei nº 13.853/2019).

Com a aprovação e sanção da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD), incluindo as modificações verificadas com a Lei nº 13.853/2019, emergiu dúvida sobre a razão determinante para que a ANPD, autoridade reguladora com todas as feições de uma autarquia, não fosse constituída de imediato na forma de uma. Ao contrário do verificado com outras agências (como a ANATEL, ANEEL, ANA, ANTT, ANP e a ANTAQ, dentre outros exemplos), a heterodoxa constituição da ANPD, como órgão subordinado à Presidência da República, resultou em uma agência especial *de facto* estruturada no âmbito da Administração Pública Federal Direta. Infere-se que, por responder a esta incômoda dúvida, a MPV nº 1.124/2022 foi bem recebida pelos atuantes no campo da privacidade e da proteção de dados – que aclamaram a medida, entendida como exercício da diligência prevista nos §§ 1º e 2º do art. 55-A da LGPD.

Ocorre que, conquanto presumidamente bem intencionada e visando a consecução de objetivos republicanos programados pelo próprio Congresso Nacional (art. 55-A, §§ 1º e 2º), a MPV nº 1.124/2022 incorre em incompatibilidades com a Lei Fundamental e não *deveria subsistir*. Eiva-se, o ato, de dupla inconstitucionalidade formal.

Preconiza a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), no inciso XIX do art. 37, que “*somente por lei específica poderá ser criada autarquia*”, sendo o instrumento do inciso V do art. 59 (também da CRFB), portanto, via inadequadamente eleita para tal providência.

Não se olvida, por óbvio, da previsão (igualmente inconstitucional) dos §§ 1º e 2º do art. 55-A da LGPD. Embora não seja objeto do presente exame, de se observar que a delegação ao Executivo dependeria de resolução, nos termos do §2º do art. 68 da

CRFB, após a solicitação daquele ao Congresso vide *caput* do art. 68, havendo no ponto incompatibilidade entre a redação legal e a regra do constituinte originário. Também não se ignora a existência de obstáculos políticos e práticos que possam obstar a devida propositura, tramitação legislativa e rápida aprovação de uma Lei Ordinária – sobretudo em ano eleitoral –, o que pode ter guiado a escolha pela via da Medida Provisória.

Ainda, é de conhecimento que o uso acrítico das medidas provisórias permeia o histórico e a cultura normativa brasileira, possivelmente inspirando o Executivo a reincidir em questionável uso dos poderes dispensados pela Constituição. A crítica a essa duvidosa prática, aliás, é sustentada entre nós e há muito, incluindo notáveis vozes como a de Celso Bandeira de Mello – para quem, desde o início da (ainda imatura) experiência democrática brasileira, legisla-se e governa-se indevidamente pela desvirtuação das medidas provisórias, “*umas e outras de inconstitucionalidade óbvia, [mas todas] sempre recebidas com exemplar naturalidade por todo o País*” [1]. Com efeito, compreensível a escolha do Planalto. Embora inconciliável com a necessidade de edição de lei em sentido estrito para a criação de autarquias (ainda que com permissivo delegado atipicamente pelo Legislativo), a medida se ampara em precedentes dados por Presidentes passados, que também utilizaram inadequadamente, por vezes, o instrumento do art. 62 da CRFB [2 e 3].

Fosse esse o único vício a MPV nº 1.124/2022 possivelmente passaria em despercebido; *inofensiva*, entre outras inconstitucionalidades conhecidas e ainda vigentes e toleradas. Mas, há mais. Encontra-se o segundo vício de inconstitucionalidade quando da análise dos pressupostos para sua elaboração.

Dispõe o *caput* do art. 62 da CRFB que o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias “*em caso de relevância e urgência*”. Nada obstante pressupostos vagos e indeterminados, nesses não se comporta *qualquer definição*. Aponta Bandeira de Mello:

“[...] A circunstância de relevância e urgência serem - como efetivamente o são - conceitos “vagos”, “fluidos”, “imprecisos”, não implica que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ociosos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado.” [4]

É unívoca a doutrina administrativista ao assinalar que “*os conceitos abertos ou indeterminados deixam claro que o poder discricionário da Administração não significa uma autorização em branco dos administrados a ela conferida, e que, na verdade, esses conceitos são determináveis*” [5]. Tais conceitos definem-se a partir

de análise *in concreto*, exigindo atuação estatal vinculada a mais estrita legalidade constitucional.

Refletindo sobre o tema, é difícil contemplar justificativa hígida e idônea o suficiente para se furtar a criação da autarquia do Parlamento, com os auspícios do devido processo legislativo. A estrutura organizacional já delineada na LGPD, *per se*, não impediria nova reflexão e debates, pelo Parlamento, sobre a criação e constituição da nova agência. A única urgência evidente em primeira análise é a política – “*a prática institucional relaciona a medida provisória a um juízo político de oportunidade e conveniência; daí, a utilização da expressão ‘urgência política’*” [6] –, o que parece atípico, dado o limitado potencial de se capitalizar tal medida politicamente perante o grande eleitorado.

Como instrumento precário, efêmero e de exceção, os pressupostos para a edição de Medida Provisória merece(ria)m mais rigor por qualquer Governo que se pretenda trilhar o caminho pavimentado pelo constituinte originário e, infelizmente, não parece ter sido o caso da MPV nº 1.124/2022. Enquanto a relevância implica em bem da vida imprescindível, essencial e ou importante para a consecução do interesse público primário ameaçado por evento imprevisível, a urgência se traduz na necessidade de aplicação imediata da regulação para enfrentar o evento imprevisível e regular o estado de coisas dele derivado. É o que pondera Clemerson Clève, lembrado por Vera Lúcia Leopoldino [7]. Não se requer muito para concluir a inexistência do prognóstico autorizativo para a validade da MPV em comento.

A Medida Provisória resultante de abuso da imprecisão semântica é passível, inclusive, de controle de constitucionalidade. Se provocado em sede de controle concentrado, Supremo Tribunal Federal (STF) não avalia, necessariamente, o mérito das medidas, mas a legitimidade da situação urgente e relevante invocada pelo Presidente da República. Reflete Bandeira de Mello:

“[...] Do fato de “relevância” e “urgência” exprimirem noções vagas, de contornos indeterminados, resulta apenas que, efetivamente, muitas vezes pôr-se-ão situações duvidosas nas quais não se poderá dizer, com certeza, se retratam ou não hipóteses correspondentes à previsão abstrata do art. 62. De par com elas, entretanto, ocorrerão outras tantas em que será indubitoso inexistir relevância e urgência ou, pelo contrário, indubitoso que existem. Logo, o Judiciário sempre poderá se pronunciar conclusivamente ante os casos de “certeza negativa” ou “positiva”, tanto como reconhecer que o Presidente não excedeu os limites possíveis dos aludidos conceitos naquelas situações de irremissível dúvida, em que mais de uma inteligência seria razoável, plausível.” [8].

A jurisprudência do STF reconhece o emprego de parâmetros objetivos, jurídicos e temporais, para apurar a (in)ocorrência de urgência a legitimar a eleição pela citada via normativa, vide ADIs 2.348/DF e 2.150/DF.

Nem mesmo eventual Lei de Conversão teria o condão de sanar os vícios que fulminam a MPV nº 1.124/2022. Em que pese a nulificação dos vícios particulares à espécie medida provisória recaia, por vezes, apenas no período de sua vigência – não repercutindo sobre a lei de conversão, portanto –, a recíproca não é verdadeira no que toca aos vícios formais: impugnados em ação do controle concentrado de constitucionalidade julgada procedente, há a inconstitucionalidade da lei de conversão por arrastamento [9].

Seja pela incompatibilidade com o inciso XIX do art. 37 da CRFB, seja pela inobservância dos requisitos típicos do instrumento normativo, dúvida não há da inconstitucionalidade da MPV nº 1.124/2022. Mesmo que eventualmente convertida em Lei, essa não poderia existir em nosso ordenamento – conclusão chancelada por substancial parcela da doutrina [10].

No atual contexto institucional, tensionado à exaustão por desgastes recíprocos entre os Poderes da República, medidas como a MPV nº 1.124/2022 podem surtir efeitos deletérios a um paciente já em estado grave. Friedrich Müller já criticara ser perniciosa a desvirtuação e o uso abusivo de medidas provisórias, que enfraquecem a responsabilidade da representação popular e os partidos políticos, minando a democracia com supressão do Parlamento em favor do Executivo. Esse uso abusivo *“desfere um golpe – quiçá mortal no futuro – na divisão dos Poderes e com isso no cerne da arquitetura do Estado, fundamentada na observância do Estado Democrático de Direito”* [11].

Pelos bastantes motivos acima, é que se disse anteriormente a MPV nº 1.124/2022 *não deveria e nem poderia* permanecer no ordenamento pátrio, porquanto incompatível com o regime constitucional. Considerando as funções típicas dos Poderes, Legislativo e Judiciário deveriam apreciar, com rigor, o preenchimento dos pressupostos que sustentam a MPV sob o exame. Entretanto o que se cogita de início, analisando o atual estado de coisas e a falta de amadurecimento institucional, é que a referida MPV provavelmente será chancelada quando da Lei de Conversão e não será questionada perante o STF. Há muito nota-se que o Congresso *“não tem feito o controle jurídico necessário e muitas medidas provisórias flagrantemente inconstitucionais têm sido convertidas em lei”* [12].

Ainda que eventualmente questionada em controle concentrado de constitucionalidade, dados os recentes e constantes atritos entre Planalto e STF, é possível que a MPV e ou sua Lei de Conversão fossem chanceladas pelo Tribunal

Constitucional. Em um cenário aparentemente ainda distante, de democracia consolidada deferência plena à tripartição dos Poderes, a MPV nº 1.124/2022 não vingaria no ordenamento. Contudo à semelhança do que ocorrera com a ANVISA e a ANS (criadas, respectivamente, pelas MP nº 1.791/1998 e MP 2.012/2000, inquestionadas), não é improvável que ela permaneça entre nós e crie, às vias oblíquas, uma agência com agenda e atribuições cada vez mais relevantes na *sociedade dos dados*. Ao fim e ao cabo, da análise da prática das Medidas Provisórias, parece que, ao contrário do que concluiu Aldous Huxley [13], os fins podem sim justificar os meios.

NOTAS DE RODAPÉ

[1] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed., rev., ampl. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2013, nota de rodapé nº 10, p. 107.

[2] *Ibidem*, nota de rodapé nº 10, p. 107-108.

[3] Em digressão crítica na recente história democrática, assinala o administrativista: “[...] *Registre-se que [Fernando Henrique Cardoso], do início de seu primeiro mandato até o mês de agosto de 1999, expediu 3.239 medidas provisórias (inconstitucionalmente, é claro), o que corresponde a uma média de quase 2,8 medidas provisórias por dia útil de governo (isto é, excluídos feriados, sábados e domingos). Inversamente, no período foram editadas pelo Congresso apenas 854 leis (entre ordinárias e complementares). Vê-se, pois, que o Parlamento foi responsável tão só por pouco mais de uma quarta parte das “leis”, pois os quase 3/4 restantes são obra exclusiva do Executivo. De resto, dentre as 3.239 medidas provisórias referidas, apenas 89 delas - ou seja, 2,75% - foram aprovadas pelo Congresso e convertidas em lei. Em suma: vigoraram entre nós 97,25% de medidas provisórias não aprovadas pelo Congresso, em despeito de o Texto Constitucional literalmente determinar, como foi dito e reiterado, que tais medidas, se não aprovadas pelo Congresso em 30 dias, perdem a eficácia desde o início de sua expedição. Com a Emenda Constitucional 32, de 11.12.2001, todas elas foram salvaguardadas, o que, provavelmente não teria sido estabelecido se não existisse a consciência de que eram inconstitucionais. O art. 2º da sobredita Emenda dispõe: “As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta Emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”. O governo do Presidente Lula continuou com a mesma prática repugnante ao Direito. Diante deste panorama devastador, mesmo o mais tolerante dos juristas será forçado a concluir que, no Brasil, pelo menos até então, só por eufemismo se pode falar em Estado Constitucional de Direito e, pois, em Democracia, pois nem mesmo o órgão máximo encarregado de defender a Constituição — isto é, o Supremo Tribunal Federal —*

fulminava estas medidas provisórias grosseiramente inconstitucionais. Não desejando contrariar o Poder Executivo, fazia piruetas exegéticas para se eximir de examinar-lhes o ajustamento à Lei Magna. [...]. *Ibidem*, p. 108.

[4] *Ibidem*, p. 137.

[5] OLIVEIRA, Vera Lúcia Leopoldino. Controle constitucional da lei de conversão pela ausência dos pressupostos de relevância e urgência na edição da medida provisória, p. 288. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 44, n. 173, p. 285-301, jan./mar. 2007.

[6] MENDES, Gilmar Ferreira. Notas taquigráficas da sessão de 15 de maio de 2002 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania..., p. 7-9. *apud* OLIVEIRA, p. 288 *op. cit.*.

[7] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas provisórias, Max Limonad, 2a ed, São Paulo, p. 178, 1997. *apud* OLIVEIRA, *op. cit.*

[8] MELLO, *op. cit.*, p. 137.

[9] Também nesse sentido: OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 298.

[10] A título de exemplo, corrente a qual se afiliam Eros Grau, Celso Antônio Bandeira de Mello, Clèmerson Merlin Clève, José Levi Mello do Amaral Júnior e Marco Aurélio Greco.

[11] GRAU; GUERRA FILHO, 2001, p. 349 *apud* OLIVEIRA, *op. cit.*

[12] OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 297.

[13] Cf. Fins e Meios, de Aldous Huxley.