

AÇÃO POPULAR E "HABEAS DATA" NOVA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Prof. HUMBERTO THEODORO JUNIOR
Faculdade de Direito da UFMG, Desembargador aposentado do TJMG., Advogado.

SUMARIO: Parte I. 1. O processo como garantia dos Direitos Fundamentais. Parte II. 2. Ação Popular. Conceito 3. Requisitos da ação popular 5. Finalidade da ação popular: a) competência; b) Legitimação "ad causam"; c) Posição do Ministério Público na ação popular; d) Procedimento; e) Sentença e coisa julgada; f) Execução e sucumbência; g) Recursos; h) Observações finais. Parte III. 7. "Habeas data". 9. Aspectos processuais da ação de "habeas data": a) Procedimento; b) Competência; c) Legitimação; d) Sentença e execução.

PARTE I

1 — O PROCESSO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

E intuitivo que ao processo compete, por sua própria natureza, a função de garantia do direito subjetivo, já que outra não é a finalidade da atividade jurisdicional, nele exercitada, sempre que estes direitos se envolverem em situações de conflito.

Mas, no Estado de Direito moderno, essa função é exaltada: "le procès apparait alors comme la garantie des garanties, parce que c'est par lui seul que certaines déclarations de principes, ou reconnaissances de droits, contenues dans les constitutions et dans les lois deviennent effectives (1).

Daí o advento de um novo capítulo do Direito Constitucional, formado à base da aproximação e inter-relacionamento da Constituição e do Processo. Trata-se do Direito Constitucional Processual, que

procura condensar a metodologia e a sistemática dos princípios constitucionais aplicados ao processo.

Nesse campo são tratados dois grupos de matéria processual:

I — O direito à jurisdição, que se refere à ampla tutela constitucional dos princípios gerais da organização judiciária, compreendendo as regras sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias, bem como os direitos e formas de acesso à jurisdição (direito de ação e de defesa e outros postulados que dele decorrem); e

II — A jurisdição constitucional propriamente dita, que se refere ao controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da administração, bem como a chamada jurisdição constitucional das liberdades, mediante instrumentos instituídos pela própria Constituição, como o “habeas corpus”, o mandado de segurança e a ação popular.

No primeiro grupo de princípios, como se vê, localiza-se a sistemática de defesa constitucional do Estado de Direito, como um todo, mediante a garantia da jurisdição: no moderno Estado Democrático de Direito, o relacionamento das leis processuais com a constituição deve ser presidido pela preocupação fundamental de realizar o anseio universal de Justiça. O direito à Justiça ou à Jurisdição é colocado no plano dos direitos do homem e, entre eles, como um dos mais importantes, porque, praticamente, instrumentaliza todos os demais.

Uma vez que são os instrumentos processuais que possibilitam a plena realização da Justiça programada pela Constituição, força é concluir, com FIX-ZAMUDIO, que o Estado de Direito promoveu a “Constitucionalização da Justiça”(2). Noções como jurisdição, ação e processo assumem, assim, importantes conotações constitucionais, mesmo quando empregadas no trato de matéria ligada à composição de litígios em preceitos da legislação ordinária.

No segundo grupo de princípios, acima referido vamos localizar a tutela direta da Constituição, isto é, o mecanismo de autotutela

engendrado pela própria Carta Magna para fazer cumprir direitos públicos subjetivos emanados de seu bojo e para manter a atividade dos poderes públicos sempre nos limites constitucionais.

O processo, portanto, é chamado a servir à Constituição em ambos os níveis, vale dizer, tanto na tutela do ordenamento jurídico em geral (manutenção do princípio da legalidade) como na tutela das garantias específicas de natureza puramente constitucional.

Entre os remédios processuais de defesa dos direitos fundamentais, a nova Carta Magna de 1988 contempla os tradicionais — “habeas corpus”, mandado de segurança e ação popular — e institui dois novos, o mandado de injunção e o “habeas data”, além de introduzir ampliações importantes no procedimento e alcance dos primeiros.

No presente estudo, nossa atenção será fixada na ação popular e no “habeas data” (CF, art. 5º, LXXII e LXXIII).

PARTE II

2 — AÇÃO POPULAR. CONCEITO

Dispunha a Carta anterior, ao enumerar os “direitos e garantias individuais” que:

“Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas” (art. 153 parágr. 31).

A nova Carta, sob a rubrica “direitos e garantias fundamentais”, declarou:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência” (art. 5º, LXXIII).

Vê-se, pois, pelo simples cotejo dos dois textos, que a Carta Magna de 1988 deu tratamento mais amplo à ação popular (3), ou seja, houve um aumento em sua abrangência (4).

Trata-se, outrossim, de uma daquelas garantias que, como o mandado de segurança e o “habeas corpus”, podem ser utilizadas diretamente pelo jurisdicionado, contra os detentores do poder público, para obtenção de providência junto ao Poder Judiciário capaz de inibir ou coibir as ilegalidades e abusos praticados na gestão do patrimônio público. Costuma-se chamar esse tipo de medida de “garantias ativas” dos direitos fundamentais.

Com ela, a ordem constitucional garante ao cidadão, não só a guarda das liberdades e direitos individuais, mas a defesa do patrimônio comum de toda a coletividade, posto sob custódia e gerência da administração pública.

Enquanto no “habeas corpus” se encontra um remédio “para que o indivíduo se assegure do direito de locomoção”, e no mandado de segurança se institui um veículo “para que o indivíduo promova a garantia de direito pessoal reconhecida pela Constituição, agindo “nomine eius”, a ação popular é concedida pela Carta Magna “para que o cidadão promova a garantia de direito pertencente a todos, agindo “pro populo” (5).

Urge, por isso, não confundir o mandado de segurança com a ação popular, pois seus requisitos e objetivos são bem distintos, motivo pelo qual o STF, incluiu em sua Súmula o enunciado nº 101, segundo o qual:

“O mandado de segurança não substitui a ação popular”. E a doutrina acrescenta: nem a ação popular substitui o mandado de segurança (6).

Pode-se, então, conceituar a ação popular como:

“O meio constitucional posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos — ou a estes equiparados — ilegais e lesivos do patrimônio

federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades paraestatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiros públicos” (7).

Observa, outrossim, BARBOSA MOREIRA que, permitindo a ação popular que o autor defenda interesses comuns de todo o grupo social, enquadra-se ela no elenco dos remédios processuais destinados a tutela dos chamados “interesses difusos”, que modernamente tanto têm despertado o interesse da doutrina e do legislador (8).

Nesse sentido diz-se que a ação popular, embora utilizável por qualquer do povo, não ampara direitos individuais do autor, pois seu beneficiário direto e imediato é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto” (9).

Convém lembrar que a nova Constituição não revogou a Lei nº 4.717, de 29-06-1965, que continua a ser a lei ordinária que regulamenta a ação popular e que lhe disciplina o procedimento.

3 — REQUISITOS DA AÇÃO POPULAR

Para que a ação popular seja manipulada com êxito, três requisitos se revelam necessários, a saber (10):

- a) deve ser proposta por pessoa natural que se apresente como cidadão brasileiro: só aquele que esteja no gozo de seus direitos cívicos e políticos pode propô-la. São carecedores desta ação os partidos políticos, as entidades de classe e qualquer outra pessoa jurídica (STF, súmula nº 365);
- b) deve atacar ato ilegal ou ilegítimo: o ato contrário ao direito, que se busca invalidar, pode ser ilegal na sua formação ou no seu objeto. E “essa ilegitimidade pode provir de vício formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade, conforme a Lei regulamentar enumera e conceitua em seu próprio texto (art. 2º, a — e);
- c) deve o ato atacado ser lesivo ao patrimônio público: o patrimônio que a Constituição protege, por meio da ação

popular, não é apenas o econômico, mas o que engloba todos os valores, econômicos ou não, de alta relevância para a coletividade, de maneira que, além do patrimônio material, protege-se também o moral, o estético, o espiritual, o histórico, o ecológico.

4 -- OBJETO DA AÇÃO POPULAR

A ação popular visa atingir o ato ilegal e lesivo. Não importa, em princípio, qual o tipo de autoridade ou agente do Poder Público responsável pelo ato ilegítimo.

“Com a ação popular não se vulnera apenas o ato administrativo restritivamente corporalizado no cumprimento de uma atividade funcional, porém, toda espécie de atuação do Poder Público, inclusive a lei, o decreto, a portaria, o regulamento a ordem de serviço, desde que comprometa o patrimônio” (11).

Não se ataca, todavia, a lei em tese, isto é, a lei como simples regra abstrata e genérica (12). A situação aqui é a mesma do mandado de segurança. Se, porém, a lei é de efeitos concretos (isto é, se se trata de lei auto-executória), que imediatamente geram prejuízos para o patrimônio público (exemplo: concessão de anistia ou isenções, alteração de limites territoriais, majoração de vencimentos, etc.), pode perfeitamente ser objeto de ação popular (13).

Para os fins da ação popular, o art. 2º da Lei nº 4.417 aponta como nulos os atos lesivos ao patrimônio público, nos casos de:

- a) incompetência
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade de objeto;
- d) inexistência de motivos;
- e) desvio de finalidade.

O art. 3º, do mesmo diploma legal, considera como anuláveis para os mesmos fins, os atos lesivos que, fora da enumeração do art. 2º, incidam em sanção de outras prescrições legais. E o art. 4º faz uma longa enumeração de atos que se declaram expressamente nulos. Fica evidente, no entanto, que a discriminação legal não é exaustiva, sendo possível invalidarem-se outros atos ou contratos, “desde que ocorram os pressupostos de ilegalidade e lesividade” (14).

Ressalte-se, por fim, que nem a lesividade, nem a ilegalidade, por si só é suficiente para autorizar a ação popular. Para que o remédio constitucional incida, com êxito, é indispensável que o ato impugnado seja ao mesmo tempo ilegal e lesivo (arts. 2º e 3º da Lei Nº 4.417) (15).

Está assente na melhor doutrina que, em matéria de validade e legitimidade do ato administrativo, a última palavra é do Poder Judiciário. Por isso, a circunstância de existir aprovação do ato ou contrato pelo Tribunal de Contas não exclui a possibilidade de sua invalidação por via da ação popular (16).

Eis alguns exemplos práticos de atos atacados pela ação popular, segundo a jurisprudência:

- resoluções de câmaras municipais a respeito de remuneração de vereadores (17);
- elevação de subsídios do Prefeito durante a legislatura (18);
- venda ilegal de bem público (19);
- isenção fiscal concedida ilegalmente (20);
- anulação de verba pessoal de deputados (21);
- autorização ilegal para extrair madeira em floresta protetora (22);
- criação ilegal de Secretaria Municipal (23);
- doação de bem público (24);
- criação de cargo sem iniciativa do Executivo (25);
- aumento de vantagens de deputados (26);
- licenciamento irregular de barracas na orla marítima (27);
- lei municipal irregularmente votada, para autorizar doação de bens públicos (28);
- concessão de bem público em comodato (29);

— transação feita pela administração sem autorização legislativa (30);

— verba de representação ilegalmente concedida a Vice-Prefeito (31).

5 — FINALIDADE DA AÇÃO POPULAR

Para combater o ato ilegal e lesivo, a ação popular pode ser usada tanto em caráter preventivo como repressivo. Isto quer dizer que não é preciso aguardar a consumação do dano ao patrimônio público para aforar a ação. Basta a potencialidade de dano. Se a lesão se consumou, a medida judicial será repressiva e tenderá a repor o “status quo” e a reparar o prejuízo da coletividade. Se a lesão é iminente, interditar-se-ão os atos executivos projetados pela Administração, assumindo, então, o procedimento judicial, o feitiço preventivo.

Operam-se, portanto, num só processo, a invalidação do ato lesivo e a condenação do responsável pelo ressarcimento dos danos (Lei nº 4.1717, art. 11). Fala, outrossim, a lei, em anulação e declaração de nulidade (art. 1º), o que indica que a ação popular pode se voltar tanto contra os atos anuláveis como contra os atos nulos.

Porque não basta a lesividade do ato ou contrato para justificar a intervenção judicial. É bom lembrar que os atos discricionários, quando não ilegais, são imunes à ação popular, mesmo que acarretem algum dano ao patrimônio público. Merece ser lembrada, a propósito, a advertência do HELY LOPES MEIRELES:

“É de observar-se que a ação popular não autoriza o Judiciário a invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repete mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração refoge da competência da Justiça e é privativa da Administração” (32).

No mesmo sentido é a lição de ARNOLDO WALD (33) e a orientação da jurisprudência (34).

6 - ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO POPULAR

A) COMPETENCIA

art. 5º da Lei nº 4.417 disciplina a competência para a ação popular, em função da origem do ato impugnado, a saber:

- a) se o ato provém de órgão da União, ou de entidade autárquica ou paraestatal da União, ou de entidade por ela subvencionada, a competência será do Juiz Federal da seção Judiciária onde se consumou o ato;
- b) se o ato foi praticado por órgão, repartição, serviço ou entidade do Estado, ou por ele subvencionado, competente será o juiz local a que a organização judiciária atribuir o julgamento das causas de interesse da Fazenda Pública Estadual.
- c) se o ato for produzido por órgão, repartição, serviço ou entidade do Município, ou por este subvencionado, a competência é do juiz da comarca a que o Município pertencer, segundo a Lei de Organização Judiciária local.

Havendo comunhão de interesses entre a União e o Estado, prevalecerá a competência da Justiça Federal; e entre o Estado e o Município, prevalecerá o juízo privativo dos feitos da Fazenda Estadual (art. 5º, parágr. 2º).

B) LEGITIMAÇÃO "AD CAUSAM"

O autor da ação popular deve ser cidadão brasileiro, nato ou naturalizado. Comprova-se a cidadania pelo título de eleitor ou documento equivalente (Lei nº 4.417, artigo 1º, parágr. 3º). Pessoas jurídicas não têm legitimidade para manejar este remédio constitucional (Súmula nº 365, do STF).

A ação pode ser aforada por um ou por vários cidadãos, em litisconsórcio. Mesmo no curso do processo, qualquer outro cidadão

tem o direito de habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor (art. 6º, parág. 5º).

Quando o autor desiste da ação ou dá motivo a extinção do processo, o juiz não pode encerrar desde logo o feito. Serão publicados editais, com prazo de 90 dias, para conhecimento geral, e qualquer cidadão terá legitimidade para habilitar-se a suceder ao autor primitivo. Idêntica faculdade assiste também ao Ministério Público (Lei nº 4.717, art. 9º).

Na fase recursal, também, qualquer cidadão, assim como o Ministério Público, pode recorrer das decisões contrárias ao autor (Lei Nº 4.717, art. 19, parág. 2º).

Quanto à legitimação passiva, determina o art. 6º da lei citada que a ação seja proposta contra: a) a entidade que se considera lesada em seu patrimônio; b) as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado oportunidade à lesão; e c) os beneficiários diretos do ato.

Entre essas pessoas há litisconsórcio necessário, pelo que havendo omissão no pedido do autor, caberá ao juiz, de ofício, ordenar a respectiva citação (35).

Quanto à Administração Pública (entidade lesada), assume ela uma posição "sui generis" na relação processual, pois tanto pode contestar a ação como endossar a pretensão do autor (36). É que este não age na defesa de direito individual próprio, mas na tutela do patrimônio da entidade demandada. As posições do autor e da Administração são apenas aparentemente contrárias. Se o autor ganhar a causa, não se poderá, destarte, considerar como derrotada a entidade pública. Na verdade, sucumbentes serão apenas os administradores e os beneficiários do ato anulado. A vitória do autor no ensinamento de BARBOSA MOREIRA, "consiste, essencialmente, em fazer ganhar a Fazenda — pois foi em seu favor, e não contra ela, que agiu" (37).

C) POSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO POPULAR

A ação popular é privativa dos cidadãos brasileiros, pelo que não tem o Ministério Público legitimação para propô-la. Funciona, "in casu", apenas como "custos legis".

Surge, no entanto, uma legitimação superveniente para o Ministério Público, na hipótese de o autor desistir da ação a meio caminho (Lei nº 4.717, art. 9º).

Incumbe-lhe, também, a legitimação para executar a sentença condenatória, se após sessenta dias de sua publicação, o autor ou terceiro não der início à execução forçada (art. 16).

Outra questão interessante é a limitação à atividade de "custos legis" feita pelo art. 6º, parágr. 4º, da Lei nº 4.717, segundo a qual é vedado ao Ministério Público, na ação popular, em qualquer caso, "assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores".

Essa restrição, todavia refere-se ao mérito da causa, de maneira que o Ministério Público não está inibido de opinar, em questões preliminares, contra o autor, como, por exemplo, na hipótese de carência de ação ou de nulidade processual (38).

D) PROCEDIMENTO

Segundo a Lei nº 4.717, o procedimento a ser observado na tramitação da ação popular é o ordinário. Há, no entanto, algumas inovações introduzidas pela lei especial que são as seguintes:

a) a citação da pessoa jurídica e de seus agentes, responsáveis pela prática do ato impugnado será pessoal; a dos beneficiários poderá, a critério do autor, ser pessoal ou por edital, com prazo de trinta dias (art. 7º, II);

b) o prazo de contestação, comum a todos os réus, é de 20 dias (art. 7º, IV);

c) ao despachar a inicial, o juiz ordenará a requisição de todos os documentos referidos pelo autor (art. 1º, 6º), fixando prazo de 15 a 30 dias para as entidades interessadas cumprirem a diligência;

d) se houver risco de dano grave, o juiz poderá deferir medida liminar, suspendendo o ato lesivo, “na defesa do patrimônio público” (art. 5º, parágrafo. 4º, introduzido pela Lei nº 6.513, de 20-12-77). Dessa decisão cabe agravo de instrumento e se for abusiva e capaz de provocar à Pessoa Jurídica de direito público lesão injusta e irreparável, até mesmo o mandado de segurança poderá ser manejado (39).

e) ainda no despacho da inicial, será ordenada a intimação do Ministério Público, para acompanhar o processo como “custos legis” (art. 7º, I).

Não cabe reconvenção no procedimento da ação popular, porquanto “o autor não pleiteia direito próprio contra o réu” (40).

Quanto à resposta da pessoa jurídica citada, cujo ato foi objeto de impugnação, não está ela sujeita ao ônus de constar a ação. Dispõe o art. 6º, parágrafo. 3º, que “poderá abster-se de contestar o pedido ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

Salvo comprovada má fé, o autor não pagará custas nem será condenado aos ônus da sucumbência, caso saia vencido (CF, art. 5º, LXXIII).

E) SENTENÇA E COISA JULGADA

A sentença, ao julgar procedente o pedido, decretará a invalidade do ato impugnado e condenará os responsáveis às restituições devidas ao patrimônio público, além de impor-lhes a condenação de perdas e danos (art. 11).

Faz coisa julgada “erga omnes”, a decisão que acolhe a ação popular. A que julga improcedente o pedido não tem essa eficácia se o seu fundamento for a deficiência de prova (art. 18). Somente nessa última hipótese, portanto, será possível a propositura de nova ação popular sobre o mesmo ato do Poder Público, por qualquer outro cidadão (41).

F) EXECUÇÃO E SUCUMBENCIA

No que diz respeito à execução de sentença, prevê o art. 14, parágr. 4º, a possibilidade de seqüestro e penhora. Isto quer dizer que, mesmo antes do trânsito em julgado, pode o crédito da Pessoa Jurídica lesada ser protegido por medida cautelar incidental. E após a coisa julgada, a execução far-se-á segundo o rito das obrigações por quantia certa.

A iniciativa da execução cabe:

- a) ao autor da ação popular;
- b) a qualquer outro cidadão;
- c) ao Representante do Ministério Público; e
- d) à entidade que sofreu o prejuízo decorrente do ato impugnado (42).

Note-se que, qualquer que seja o requerente da execução, seu proveito principal reverterá sempre em favor da entidade patrimonialmente lesada, e não do autor da ação popular (43).

Daí que, mesmo tendo contestado a ação, aquela entidade continuará sendo parte legítima para promover a execução da sentença contra os demais réus (art. 17).

As verbas da sucumbência seguem, no caso de procedência do pedido, as regras comuns do Código de Processo Civil, salvo quanto à Pessoa Jurídica prejudicada. Como pode ela optar entre tomar posição ao lado do autor e contestar a ação, somente haverá sua condenação aos encargos da sucumbência, solidariamente com os demais réus, na última hipótese. Se se posiciona ao lado do autor vitorioso, também vitoriosa será a entidade lesada, embora citada inicialmente entre os demandados.

Mesmo, porém, quando sucumbe na contestação e vem a ser condenada, solidariamente, às verbas da sucumbência, caberá à entidade lesada, se contra ela for executada a sentença, o direito de regresso contra os funcionários causadores do dano (art. 11).

Ao autor da ação popular vitoriosa a lei assegura o direito de ser

ressarcido das despesas processuais e honorários de advogado (art. 12). Nesse passo, portanto, a sentença gerará uma condenação direta ao promovente, o qual, por isso, terá, quanto às parcelas da sucumbência, direito à execução em benefício próprio.

No caso de improcedência, o autor normalmente não será condenado aos encargos da sucumbência. Somente quando agir comprovadamente de má fé, é que sofrerá tal condenação (C.F., art. 5º, LXXIII).

G) RECURSOS

Em matéria recursal, prevê a Lei nº 4.717/65, com as adaptações da Lei nº 6.014/73, um sistema equivalente ao do Código de Processo Civil, ou seja:

- a) contra a sentença que acolhe ou rejeita o pedido, cabe apelação no duplo efeito (art. 19, "caput");
- b) contra as decisões interlocutórias (inclusive a relativa à medida liminar), cabe agravo de instrumento (art. 19, parágr. 1º).

Prevê, também, o art. 19, o duplo grau de jurisdição necessário (recurso "ex officio"), no caso de sentença que conclua pela carência de ação ou improcedência do pedido. Não há esse expediente, quando se acolhe o pedido do autor (44).

A legitimidade para recorrer, tanto da sentença como das demais decisões, é conferida, assim, ao autor como a qualquer cidadão e também ao Ministério Público (art. 19, parágr. 2º).

H) OBSERVAÇÕES FINAIS

A prescrição da ação popular foi fixada pela lei em cinco anos (art. 21), prazo que se conta da prática do ato impugnado.

E, finalmente, manda o art. 22 da Lei nº 4.717/65, aplicar à ação popular as regras do Código de Processo Civil, em caráter subsidiário, ou seja, em tudo "que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação".

PARTE III

7 - "HABEAS DATA" - CONCEITO

Entre os instrumentos processuais de tutela das liberdades e garantias individuais, a Carta de 1988 instituiu o "habeas data", cuja finalidade é o conhecimento e controle da pessoa sobre os dados e informações a seu respeito constantes de arquivos públicos.

Segundo o art. 5º, LXXII, da Nova Constituição:

"Conceder-se-á "habeas data":

- a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
- b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

Sua natureza jurídica é de uma ação civil especial (45) equivalente ao mandado de segurança. Há mesmo quem o considere como um mandado de segurança aplicado à matéria específica, tratada no art. 5º LXXII, da Constituição (46).

Trata-se de novidade no direito constitucional brasileiro; mas não é uma criação original de nosso legislador constituinte, pois, embora sem denominação específica, já constava da Constituição de Portugal de 1976 (art. 35) e da Constituição da Espanha de 1978 (art. 105, b) bem como da legislação ordinária dos Estados Unidos ("Freedom of Information Act" de 1974) (47).

Pode-se, diante do novo texto constitucional pátrio, definir o "habeas data" como o remédio processual, utilizável por qualquer pessoa física ou jurídica para assegurar-lhe o conhecimento de registros, em repartições públicas, ou particulares acessíveis ao público e, eventualmente para retificar incorreções nestes mesmos assentos.

Entre os motivos da criação do novo instrumento de garantia

processual dos direitos individuais, lembra CELSO BARBI “o abuso ocorrido durante a ditadura militar iniciada em 1964, pelos serviços de informações do governo, que mantinham sigilosamente imensos arquivos sobre milhares de pessoas, para fins puramente políticos (48).

Segundo, porém, o próprio texto do dispositivo constitucional, o alcance da medida não se restringe aos bancos de dados das entidades governamentais, mas pode alcançar também aqueles organizados por entidades particulares, desde que assumam um caráter de fonte pública de referências pessoais. Pode-se, portanto, perceber que a Constituição reconheceu a necessidade de proteção ao particular contra certas organizações, como as de proteção ao crédito e as de fornecimento de cadastros, mesmo que “mantidas por sociedades privadas” (49).

8 — FINALIDADE DO “HABEAS DATA”

Entende HELY LOPES MEIRELLES que a finalidade do “habeas data” é a retificação das informações existentes a respeito da pessoa do impetrante. O acesso aos arquivos, portanto, seria mero caminho para chegar àquele objetivo (50).

A meu ver, “data venia”, não há um só fim no remédio constitucional, mas dois, que tanto podem coexistir numa só ação, como podem existir isoladamente. Assim, penso que o impetrante tem o direito de manejar o “habeas data”:

- a) apenas para conhecer o registro a respeito de sua pessoa (CF, art. 5º, LXXII, “a”);
- b) apenas para retificar o assento erroneamente feito, quando já é conhecido da parte o seu teor (CF, art. 5º, LXII, “b”);
- c) ou, para os dois efeitos, quando o impetrante não conhece o teor do assento, mas tem motivos para supor sua inveracidade (CF, art. 5º, LXXII, “a” e “b”, cumulativamente).

O direito de conhecer ditos assentos existe por si só, porquanto na nova sistemática constitucional, segundo a correta observação de VICENTE GRECO FILHO:

“O direito às informações sobre a própria pessoa é incondicionado, não se aplicando, portanto, a ressalva do sigilo prevista no inc. XXXIII do mesmo art. 5º”. (51)

O autor dessa ação, quando invoca o inciso “a” do permissivo constitucional, não precisa justificar o que vai fazer com os dados a lhe serem revelados. Nem mesmo o caráter sigiloso do registro será obstáculo ao conhecimento dele pela pessoa diretamente interessada.

O sigilo ressalvado pela Constituição só é cabível em se tratando de “informações objetivas, cuja divulgação possa comprometer a segurança da sociedade ou do Estado, mas em nenhuma hipótese pode ser negada a informação pessoal para o próprio requerente. Informações subjetivas jamais podem ser comprometedoras da sociedade ou do Estado. Se houver qualquer aspecto que recomende sigilo, o Tribunal competente mantê-lo-á perante terceiros, mas o direito do requerente deve ser efetivado (52).

9 — ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO DE “HABEAS DATA”

A) PROCEDIMENTO

Caberá à lei ordinária disciplinar, detalhadamente, o procedimento do “habeas data”, mas como se trata de garantia fundamental não poderá deixar de ser aplicado por falta de regulamentação (53).

Se não há necessidade de provas ou se o impetrante já dispõe de provas documentais preconstituídas, o procedimento a ser observado, enquanto não advém a lei própria, será o do mandado de segurança, já que o “habeas data”, na maioria dos casos, nada mais é do que uma espécie de mandado de segurança (54).

Quando, porém, surgirem controvérsias sobre a existência do

próprio assento ou a respeito da necessidade de correção de seus dados, e a dilação probatória mais ampla se tornar necessária, o caso só poderá ter tramitação segundo o rito ordinário (55). Isto, é claro, enquanto não surgir a lei especial para regulamentar todos os casos de “habeas data”.

B) COMPETENCIA

A competência para processar e julgar o “habeas data” está assim distribuída na Constituição:

- a) E do Supremo Tribunal Federal, se a autoridade impetrada forem, o Presidente da República, as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, o Tribunal de Contas da União, o Procurador Geral da República e o próprio Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “d”);
- b) E do superior Tribunal de Justiça, se a autoridade impetrada for Ministro de Estado ou o próprio S.T.J. (art. 105, I, “b”);
- c) E do Tribunal Federal Regional, se a autoridade impetrada for juiz federal ou o próprio T.F.R. (art. 108, I, “c”);
- d) E do Juiz federal, se a autoridade impetrada for qualquer autoridade federal, não compreendida na competência dos Tribunais Federais (art. 109, VIII).

Quanto às autoridades não federais, o “habeas data” será apreciado e julgado pela Justiça dos Estados, observando-se o disposto nas Constituições e Leis de Organização Judiciária de cada unidade da Federação (art. 125).

C) LEGITIMAÇÃO

O legitimado para requerer “habeas data” é a pessoa física ou jurídica diretamente interessada no assento, cujo teor quer se conhecer ou retificar. Somente a própria pessoa pode pleitear

informações a seu respeito. Não cabe aqui a impetração a benefício de terceiro, tal como se dá no “habeas corpus”. A ação é personalíssima (56).

A legitimação passiva cabe ao órgão governamental, ou de caráter público, detentor do banco de dados.

Entre as entidades de caráter público, mas não governamentais, VICENTE GRECO FILHO entende que só possam figurar entidades controladas pelo Poder Público, na forma de administração direta ou indireta; pelo que ficariam excluídas da área de aplicação do “habeas data” entidades privadas, ainda que sob fiscalização do Poder Público (57).

Analisando-se, porém, o processo histórico da elaboração do dispositivo constitucional e tendo em vista o inusitado da expressão utilizada pelo texto da Carta Magna, parece-me mais plausível a interpretação de CELSO BARBI, que inclui entre os órgãos de caráter público, qualquer entidade, mesmo privada, que mantenha banco de dados pessoais com acesso ao público (58). E que, em se tratando de garantia fundamental, a exegese a prevalecer deve ser a ampliativa e não a restritiva.

D) SENTENÇA E EXECUÇÃO

Acolhendo-se a impetração, a sentença ordenará por mandado, ao órgão impetrado, que apresente as informações a serem conhecidas pelo impetrante. Dita ordem será dada com a cominação de desobediência (59).

Se a hipótese for de retificação do assentamento, a sentença determinará quais os dados que deverão ser modificados nos registros do impetrado, assumindo, destarte, um feitiço constitutivo (60).

A Constituição prevê também a possibilidade de retificação por procedimento administrativo (art. 5º, LXXII, “b”). Isto, todavia, não importa condicionar a sentença de “habeas data” ao prévio indeferimento da pretensão na via administrativa. A parte pode entrar diretamente na Justiça para os fins do “habeas data”.

Como se trata de remédio processual gratuito, por previsão da

própria Constituição (art. 5º, LXXVII), não há que se cogitar de ônus da sucumbência na sentença que julga o “habeas data” (61).

N O T A S

1. Vescovi Enrique et VAZ Ferreira Eduardo. Les Garanties fondamentales des parties dans la procédure civile en Amérique Latine, in: MAURO CAPPELLETTI et DENIS TALLON, Les Garanties fondamentales des parties dans le procès civil. Milão, Giuffré, 1973, p. 107.
2. José Alfredo de Oliveira Baracho, “Processo Constitucional”, cit., p. 126-6.
3. Sydney Sanches, “Inovações Processuais na Constituição Federal de 1988”, in: R.T., 635/49.
4. Hely Lopes Meirelles, “Mandado de Segurança, ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”, 17. ed., São Paulo: Ed. RT, 1989, p. 86.
5. Othon Sidon, “As Garantias Ativas dos Direitos Coletivos”, Rio: Forense, 1977, nº 109, p. 467.
6. Sidon, ob. cit. nº 109, p. 467.
7. Hely Lopes Meirelles, ob. cit. loc. cit.
8. “Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos chamados Interesses Difusos”, in: Temas de Direito Processual, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 110 e ss.
9. Hely Lopes Meirelles, ob. cit. p. 86.
10. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 88-89.

11. Othon Sidon, ob. cit., n. 109, p. 473.
12. Enquanto a lei não é executada não há a lesividade capaz de justificar o direito à ação popular (TJSP, Ap. 269.261, Ac. 16-05-78, in "R.T.", 515/75.
13. Hely Lopes Meirelles, ob. cit. p. 97; Othon Sidon, ob. cit. p. 473.
14. Hely Lopes Meirelles, ob. cit. p. 97.
15. TJSP, Ap. 33.349-1, "R.T.", 580/124; TJSP, Ap. 92.014-1, "R.T." 627/102; TJMG, Ap. 60.888, "DJMG" de 24-05-83.
16. Othon Sidon, ob. cit., nº 111, p. 476; Victor Nunes Leal, "Valor das Decisões do Tribunal de Contas", in: "R.D.A.", 12/418; José Afonso da Silva, "Ação Popular Constitucional", São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 170.
17. STF, "RDA", 73/290; TJSP, "RDA", 58/166, 269/214 e 280/175.
18. TJSP, "RT" 264/483; 270/428 e 273/ 436; TASP, "RT" 232/398; 237/447 e 289/704.
19. TJSP, "RDA" 46/215 e 55/165; "RT" 250/159 e 277/270.
20. TJSP, "TDA", 69/241; "RT" 313/178 e 328/163.
21. TJSP, "RDA" 99/227.
22. TJSP, "RDA", 110/257; TJMG, "RT" 437/195.
23. TJSP, "RDA" 114/289.
24. STF, "RTJ", 71/497.

25. STF, "RDA", 128/550.
26. TJMG, "RF" 212/189; STF, "RTJ", 53/91.
27. TJES, COAD — 87/34.186.
28. TJMG, "Jurisp. Mineira", 74/113.
29. TJMG, "Jurisp. Mineira", 92/287.
30. TJSP, "RF", 303/158.
31. TJMG, "DJMG", 11-12-87.
32. Ob. cit., p. 91.
33. Parecer in: RT 557/34.
34. STF, "RTJ" 96/1370; 96/1379; 103/638; TJSP, "RT" 527/66; 531/81; 548/57; TJMG, "RT" 576/223; TKPR, COAD-ADV nº 43.570.
35. Barbosa Moreira, "Problemas da Ação Popular", in: "Direito Processual Civil", Rio, Borsoi, 1971, p. 217.
36. Lei nº 4.717, art. 6º, parág. 3º.
37. "A Administração Pública e a Ação Popular", in: ob. cit. p. 233.
38. Barbosa Moreira, "Problemas da Ação Popular", ob. cit., p. 222.
39. TJSP, "RT", 549/56; TFR, MS 84.456-RJ, cit. por Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 106.
40. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 104; Othon Sidon, ob. cit., p. 497.

41. Barbosa Moreira, "Problemas da Ação Popular", ob. cit., p. 223-224; Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 112-113; Othon Sidon, ob. cit., nº 111, p. 508-510.
42. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 115.
43. Barbosa Moreira, ob. cit., p. 222.
44. TJSP, Ap. 263.222, in: "RT", 523/61.
45. Vicente Greco Filho, "Tutela Constitucional das Liberdades", São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175; Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 144.
46. Sydney Sanches, "Inovações Processuais na CF de 1988, in: RT, 635/53.
47. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 143, nota 2.
48. "Proteção Processual dos Direitos Fundamentais", in: "R.B.D.P.", 57/26.
49. Celso Barbi, ob. cit., p.26.
50. Ob. cit., p. 144.
51. Ob. cit., p. 176.
52. Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 176-177.
53. Sydney Sanches, ob. cit., RT 635/53.
54. Sydney Sanches, ob. cit., p. 178; Celso Barbi, ob. cit., "RBDPC", 57/26; Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 146.
55. Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 178; Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 144 e 146.

56. Vicente Grego Filho, ob. cit., p. 146.

57. Ob. cit., p. 176.

58. RBDP, 57/26.

59. Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 175-176.

60. Vicente Greco Filho, ob. cit., p. 176.

61. Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p. 149.

* * *