

AS GARANTIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO HABEAS DATA E DA AÇÃO POPULAR

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES

Mestre em Direito e Doutorando em Direito Constitucional da FDUFG. Professor da APM.

Resumo: O artigo analisa, à luz da legislação pertinente, os dois institutos constitucionais, conceito, objeto, legitimidade ativa e passiva e o rito processual a que estão sujeitos.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 traz no seu texto importantes inovações relativas às garantias processuais dos direitos fundamentais da pessoa humana. Já tivemos oportunidade de desenvolver, em outros trabalhos, a idéia de que já está há muito superada a concepção do constitucionalismo clássico de declaração formal de direitos individuais.

Na concepção da moderna doutrina dos direitos humanos, consagra-se a necessidade de se oferecerem direitos sociais como saúde, educação, habitação, trabalho, previdência, entre outros, que são meios necessários para que possa o indivíduo usufruir das liberdades individuais, de que são exemplos a liberdade de consciência, de expressão, de associação, de reunião e de escolha do trabalho.

Os direitos humanos, conforme estabelecidos no texto federal de 1988, são formados pelos direitos individuais, sociais, econômicos e políticos, formando um todo indivisível e harmônico.

Além da lógica interna dos direitos humanos, onde os seus quatro grupos de direitos se complementam, oferecendo-se com isso a real possibilidade de sua concretização, é necessário ainda que se realce a grande importância da criação de mecanismos processuais que seriam então garantias de eficácia da norma constitucional.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 inovou ao trazer, além das garantias do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular, as garantias processuais do mandado de injunção e do *habeas data*, além da ampliação de garantias como a que ocorre na ação popular e com o mandado

de segurança coletivo.

No presente texto, dedicamo-nos a uma análise sucinta, com base na doutrina atual, do *habeas data* e da ação popular, analisando o conceito, objeto, legitimidade ativa e passiva e rito processual.

2 HABEAS DATA

2.1 Conceito e objeto

A Constituição Federal trata do *habeas data* no artigo 5.º, inciso LXXII que dispõe:

"LXXII - conceder-se-á habeas data:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa impetrante, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

b) para retificação de dados, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo".

Manoel Gonçalves Ferreira Filho conceitua esse instrumento como uma "ação (garantia instrumental) que deve proteger um direito à verdade a respeito de si próprio relativamente a registros ou bancos de dados." ¹

É uma inovação da Constituição de 1988, ao lado do mandado de injunção, mandado de segurança coletivo e ação de inconstitucionalidade por omissão.

Assim como todas as outras garantias processuais, o *habeas data* é dotado de plena, completa e irrestrita eficácia. É pois a

"aplicabilidade do habeas data, direito subjetivo público posto à disposição do interessado, a partir da promulgação e publicação do texto constitucional. (...) O Serviço Nacional de Informação (SNI) é o mais completo banco de dados a respeito dos cidadãos brasileiros e, a nosso ver, essa entidade foi a força motriz que levou os constituintes de 1988 à criação do instituto do habeas data. Em segundo lugar, o SPC também concorreu para a criação do writ do habeas data." ²

O *habeas data* tem como objetivo a proteção do direito à informação, que cada um tem, sobre a sua própria pessoa, e funciona como instrumento processual para retificação de dados.

Esta garantia processual encontra limites no inciso XXXIII do artigo 5.º da Constituição que estabelece que

"todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da

sociedade e do Estado".

Duas observações devem ser feitas com relação a esse inciso XXXIII que garante o direito à informação. Ele se refere a direito à informação de interesse particular, como também de interesse coletivo ou geral. O *habeas data* é instrumento processual que se refere somente a informações sobre a própria pessoa, ou retificação de dados referentes também ao impetrante.

Portanto, na negativa por parte de órgãos públicos de informações não referentes à pessoa que as pede, mas informações referentes a outras situações que não envolvam questões sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado, o instrumento processual adequado será o mandado de segurança.

Nesse sentido, José Cretella Júnior observa que já na Constituição de 1934 havia previsão de direito à informação, assegurando aos interessados a comunicação de informações que a estes se referissem (Constituição de 1934, art. 113, inciso 35). Esse direito subjetivo público oponível ao Estado foi suprimido na Carta de 1937, restaurado na Constituição de 1946 (art. 141, § 36, II), 1967 (art. 150, § 34) e na Emenda Constitucional n.º 1 de 1969, (art. 153, § 35).

"Não há assim nenhuma novidade, a não ser o nome - habeas data - porque o mandado de segurança, desde que foi instituído poderia, como pode ser hoje, impetrado para exigir dos órgãos públicos "informações que a eles se refiram." ³

Deve-se ressaltar que, com a redação do inciso LXIX, relativo ao mandado de segurança, hoje não pode mais esse ser impetrado para obtenção de informações relativas à pessoa do impetrante e para a retificação de dados, pois para isso há o *habeas data*; mas nada impede que outras informações de caráter geral de interesse coletivo ou geral que sejam negadas pelo órgão público, sem que essas informações sejam de caráter sigiloso imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, possam ser conseguidas por meio do mandado de segurança.

Outra observação que deve ser feita é a de que o mesmo inciso XXXIII limita o *habeas data* no sentido de que as informações consideradas de caráter sigiloso imprescindível à segurança da sociedade e do Estado podem ser negadas. Entendemos que, entretanto, quem deverá apreciar o caráter sigiloso da informação deverá ser o Poder Judiciário e não o órgão que detém a informação.

2.2 Legitimidade ativa

A legitimidade para a impetração do *habeas data* é daquele (pessoa física) que, tendo informações sobre a sua pessoa, deseja conhecê-las ou retificá-las em bancos de dados ou registros de entidades governamentais e

de caráter público.

2.3 Legitimidade passiva

O sujeito passivo no *habeas data* será qualquer entidade governamental que possua a informação desejada, ou entidades de caráter público, cujo melhor exemplo será o Serviço de Proteção ao Crédito.

Escreve Celso Ribeiro Bastos que "o sujeito passivo no *habeas data* é todo órgão ou entidade governamental, incluindo-se aí, portanto, a Administração descentralizada e os próprios entes privados, desde que, pelas dimensões da sua atuação, ganhem uma ressonância pública." ⁴

2.4 Rito processual

Diva Prestes Malerbi, em trabalho sobre o assunto, diz que são dois os procedimentos processuais para o *habeas data*:

"O habeas data protege duas finalidades: o conhecimento do teor dos registros e a retificação dos dados pessoais deles constantes. A letra "a" do inciso LXXII, do art. 5.º da Constituição disciplina a primeira hipótese de cabimento do habeas data, sem esclarecer qualquer condição ou baliza para o exercício deste direito.

Já a letra "b" do inciso LXXII, do art. 5.º, da Constituição, ao disciplinar a segunda hipótese de cabimento do habeas data, torna a manifestar a necessidade de se estabelecerem dois procedimentos processuais para o caso da retificação de dados." ⁵

Portanto, concluímos que, no caso da alínea "a", o procedimento será sumário, aplicando-se no que couber o do mandado de segurança até que seja feita a regulamentação do *habeas data*. No caso da alínea "b", adotar-se-á o procedimento ordinário, no qual deverá haver a possibilidade ampla de produção de provas para se demonstrar a necessidade da retificação de dados que não correspondem à realidade:

"Relembre-se ainda que, importante em qualquer das duas hipóteses de cabimento (letras "a" e "b"), seja pela via sumária ou por meio de processo de conhecimento, o feito deverá correr em segredo da justiça, a fim de ser preservada a intimidade no curso do processo, como dispõe o inciso LX do art. 5.º da Constituição." ⁶

3 AÇÃO POPULAR

3.1 Conceito e objeto

O artigo 5.º, inciso LXXIII estabelece que

"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."

A ação popular dirige-se à proteção de interesses ou, melhor dizendo, direitos difusos, entendendo-se esses direitos como aqueles direitos indivisíveis que pertencem a toda a população.

Esse importante remédio processual foi ampliado no texto constitucional de 1988, ao se possibilitar a anulação de atos lesivos não somente ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa e ao meio ambiente, além de referência expressa ao patrimônio histórico e cultural que, pela Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1.965, era considerado patrimônio público para fins de proteção pela demanda popular.

A respeito da evolução da ação popular, escreve Clóvis Beznos: *"Voltada a ação popular unicamente para a defesa do patrimônio público, apercebendo-se o legislador estarem ao desabrigo determinados interesses difusos, de grande interesse social, editou a Lei 6.513, de 20.12.77, que introduziu a atual redação do § 1.º do art.1.º da Lei 4.717, de 29.06.65, englobando no conceito de patrimônio público, para fins de proteção pela demanda popular, os bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico ou turístico."*⁷

O objetivo da ação popular é a anulação de ato, medida, providência que foi causa da lesão. Escreve José Cretella Júnior que deve entender-se por ato lesivo, em sentido amplo, não só o ato administrativo, ou seja, *"qualquer medida do poder público que desfalque o erário."*⁸

Acrescentamos que a nova ação popular do texto de 1988 não é simplesmente qualquer medida que desfalque o erário público, mas qualquer medida lesiva ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, à moralidade administrativa, além do patrimônio público anteriormente previsto.

A Constituição de 1988 exige como requisitos da ação popular apenas a lesividade e a condição de eleitor do autor. São os mesmos requisitos que a Emenda n.º 1 de 1969 estabelecia no § 31 do artigo 153 que dispunha que qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise a anular atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas.

Apesar da clareza do texto constitucional, vários são os autores que entendem que a ilegalidade é o terceiro requisito necessário. É o caso do jurista Hely Lopes Meirelles que entende que o ato a ser invalidado deve ser contrário ao direito, não se exigindo a ilegalidade do ato na sua origem, mas sim a ilegalidade na sua formação ou no seu objeto, entendendo-se dessa forma que o ato para ser anulado através da ação popular é necessário que seja legal e lesivo.⁹

Entretanto, entendemos que a Constituição é clara ao exigir apenas a lesividade e a condição de cidadão, ou seja, de eleitor, sendo a exigência da ilegalidade uma limitação injustificada a uma garantia processual. Concordamos, pois, com o professor José Afonso da Silva que nos oferece fundamentação mais completa ao posicionamento adotado, quando escreve:

*"A questão fica ainda presa quanto ao saber se a ação popular continuará dependendo dos dois requisitos que sempre a nortearam: lesividade e ilegalidade de ato impugnado. Na medida em que a Constituição amplia o âmbito de ação popular, a tendência é a de exigir a lesão, em si, à condição de motivo autônomo de nulidade do ato. Reconhece-se muita dificuldade para tanto. Se exigir também o vício da ilegalidade, então não haverá dificuldade alguma para a apreciação do ato imoral, porque em verdade, somente se considerará ocorrida a imoralidade administrativa no caso de ilegalidade. Mas isso nos parece liquidar com a intenção do legislador constituinte de contemplar a moralidade administrativa como objeto de proteção desse remédio."*¹⁰

3.2 Legitimidade ativa

A Constituição Federal determina que a ação popular poderá ser proposta por qualquer cidadão. Em outros dispositivos, a expressão utilizada pela Constituição sugere qualquer pessoa, como no caso do *habeas corpus*, quando o inciso LXVIII utiliza a palavra "alguém", ou outros dispositivos como o do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção, onde a omissão do sujeito ativo nos leva à conclusão de que basta existir a titularidade do direito ofendido para se utilizar do remédio processual. No caso da ação popular, o dispositivo utiliza a expressão "qualquer cidadão" devendo-se, nesse caso, interpretar o termo cidadão no sentido jurídico estrito, significando aquele que pode exercer o seu direito político de votar, participando dessa maneira de forma indireta do poder do Estado. Portanto, cidadão aí é o eleitor.

Pode-se concluir daí que o ajuizamento da ação não é facultado apenas a quem tenha sofrido prejuízo concreto proveniente do ato impugnado, mas sim, aquele que pretenda ver revigorada a moralidade administrativa:

*"Trata-se, como é curial, de uma espécie peculiar de legitimação, definida e averiguada, já não concretamente, em relação ao objeto da demanda, mas de natureza abstrata e independente do ato tido como lesivo"*¹¹

ao patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente.

3.3 Legitimidade passiva

O artigo 6.º da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, determina que a ação será proposta contra pessoas públicas ou privadas, autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissão, tiverem dado a oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo. O ato lesivo que se procura anular na ação popular é aquele praticado contra o meio ambiente, moralidade administrativa, patrimônio histórico e cultural e ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual de empresas incorporadas ao Patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (Art. 1.º da Lei 4717, de 29.06.65).

3.4 Processo

A ação popular tem rito ordinário, obedecendo aos dispositivos do Código de Processo Civil, observando as determinações da Lei n.º 4.717/65 que manda fazer a intimação do Ministério Público; requisição às entidades indicadas dos documentos referidos pelo autor, que deverão ser entregues em prazo fixado de 15 a 30 dias; decisão liminar de suspensão do ato quando requerida; prazo de contestação de 20 dias, além de outras prescrições dos artigos 7.º a 19 da referida lei de regulamentação da ação popular.

4 CONCLUSÃO

Dentro dos limites deste artigo, procuramos delinear as principais características das garantias estudadas à luz da doutrina nacional, esclarecendo pontos obscuros pela ausência, no caso do *habeas data*, de uma regulamentação específica, ou por uma pretendida contradição, em parte, de um texto legal pré-existente, e da nova concepção constitucional da ação popular.

Neste sentido, vale como conclusão reflexão a respeito de questão já levantada sobre a necessidade de ser o ato ilegal, conforme estabelece a lei, ou não. Lembramos que, ao ampliar a proteção da ação popular à questão da moralidade administrativa, pretendeu o constituinte ir além da apreciação judicial da legalidade do ato para chegar a toda a subjetividade da

análise da moralidade administrativa.

O reconhecimento dessa tese seria um importante passo no sentido do controle judicial dos atos administrativos imorais, e mesmo sabendo de representativa doutrina que justificaria entendimento contrário, lembramos que é maior a vontade do Poder Constituinte Originário.

Abstract: The guarantees of fundamental rights: habeas data and popular action. This paper analyzes, under the light of the legislation pertinent to the issue, the two constitutional institutes, their concept and object, the active and passive legitimacy and the law-suit rite to which they are subjected.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.1, Arts. 1.º ao 43, São Paulo: Saraiva, 1990. p. 81.
- 2 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v.2, Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1989. p. 770.
- 3 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, ob. cit., p. 773.
- 4 BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v.2, São Paulo: Editora Saraiva, 1989.
- 5 MALERBI, Diva Prestes. *Perfil do habeas data*, ob. cit., p. 36.
- 6 MALERBI, Diva Prestes. *Perfil do habeas data*, ob. cit., p. 36.
- 7 BEZOS, Clóvis. *Ação Popular e Ação Civil Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 21-22; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1968; SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. Doutrina e Processo. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968; MINHOTO JÚNIOR, Alcebíades da Silva. *Teoria e Prática da*

José Luiz Quadros de Magalhães

Ação Popular Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

8 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*, ob. cit., p. 782.

9 MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandato de Segurança e Ação Popular*, ob. cit., p. 84.

10 SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*, ob. cit., p. 399.

11 TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz. *Constituição de 1988 e processo*, ob. cit., p. 184.