

29 NOV 1988

AMAR p 39

A respeito do Habeas Data

29 NOV 1988 ESTADO DE SÃO PAULO

ROBERTO MORTARI CARDILLO

Inseriu-se no texto constitucional promulgado em 5 de outubro último relevante instituto, característico de um Estado de Direito.

O exercício do mister de Procurador da República deu-nos a oportunidade para uma meditação a respeito de tal instituto, a qual talvez possa contribuir para delinear alguns contornos, ainda imprecisos, relativos ao exercício do direito consagrado no texto maior.

Segundo rápida pesquisa, podemos aferir a existência de previsão similar na Constituição Portuguesa, e, no capítulo dos "Direitos e Deveres Fundamentais", deparamos, no artigo 35, com a possibilidade de "todos os cidadãos tomar conhecimento do que constar de registros informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações, podendo exigir a retificação dos dados e sua atualização". Há precedentes incidendo-se por outros quatro estados.

No chamado "Anteprojeto Afonso Arinos" surgiu a previsão do "acesso às referências e informações" a respeito do interessado, "registradas por entidades públicas ou particulares", vindo a Assembléia Constituinte a, finalmente, moldar o instituto de acordo com a redação dada ao inciso LXXII, — letras "a" e "b", do artigo 5º.

A Constituição prevê, também, a gratuidade da ação de habeas data (mesmo artigo 5º, LXXVIII), havendo outras disposições sobre a competência para apreciação do mesmo, em casos especiais (art. 102, "d"; art. 102, II, "a"; art. 105, "b"; art. 108, "c"; art. 109, VIII; art. 121, parágrafo 4º, V).

APLICABILIDADE E PROCEDIMENTO

O parágrafo 1º do referido artigo 5º da Constituição Federal diz que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Cumpra, de qualquer forma, cotejar a previsão atinente ao habeas data com os ensinamentos da doutrina, relembrando a classificação tripartida das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade, feita por José Afonso da Silva, em sua clássica obra "Aplicabilidade das Normas Constitucionais": normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada ou reduzida (op. cit., pág. 76).

Adita o constitucionalista que "completa será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para sua incidência direta", possibilitando-se saber qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma" (pág. 92).

Postas tais premissas, realmente há de considerar-se a norma garantidora do habeas data como plenamente eficaz e totalmente aplicável desde logo, não somente pelo ângulo formal de cogitar-se de mandamento praticamente imperativo ou porque assim proclamado pelo parágrafo 1º do artigo 5º, mas primordialmente por tratar-se de direito constitucionalmente garantidor de franquia democrática, tudo aconselhando se venha a dar ao mesmo curso desde logo, independentemente de possível normação infraconstitucional que venha, no futuro, a regulamentá-lo.

Com o efeito, o interesse digno de proteção vem amparado por norma constitucional aplicável tout court, sendo não apenas necessário — mas, antes, indispensável — prover-lhe a lacuna procedimental.

Nesse sentido, o eminente Juiz Federal, Dr. Paulo Octávio Baptista Pereira, pioneiramente e sob a invocação do artigo 75 do Código Civil, segundo o qual a todo direito corresponde uma ação que o assegura, supriu a omissão procedimental, determinando a aplicação do rito do mandado de segurança a pedido de habeas data.

Bem é ver que o habeas data, portanto, nada mais representa senão o remédio constitucional por força do qual se logra conferir efetividade aos direitos enumerados nas alíneas "a" e "b" do inciso LXXII, do artigo 5º da Constituição, o que aliás, restava claríssimo no texto do artigo 48 do "Anteprojeto Afonso Arinos", que rezava: "Dar-se-á habeas data ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no artigo 17".

Já Carlos Maximiliano ensinava que "quando a Constituição confere poder geral ou prescreve dever franqueta também, implicitamente, todos os poderes particulares, necessários para o exercício de um, ou cumprimento do outro" ("Hermenêutica e Aplicação do Direito", pág. 312).

Assim, a despeito de inexistir por ora norma que afecção o habeas

data a uma exteriorização formal, a relevância do instituto não poderia deixar de merecer — até mesmo pela invocação do item LXXI do mesmo artigo 5º, atinente ao mandado de injunção — o equacionamento de seu iter, mesmo porque veio ele a integrar a nova ordem constitucional e as reformas, no direito e em especial na Lei Maior, não transcorrem, num primeiro momento, de molde a prover todas as situações factuais que a riqueza da vida faz aflorar.

Mesmo que, apenas por amor ao mesmo que, se viesse a considerá-lo habeas data externado em norma de eficácia contida, a lei posterior, nessa hipótese, somente poderia revestir-se do efeito de "limitar a expansão da eficácia normativa" (J. Afonso da Silva, op. cit., pág. 78). Bem por isso, teria o instituto aplicabilidade imediata, porque "enquanto o legislador ordinário não expedir a norma restritiva, sua eficácia será plena" (op. cit., pág. 96).

INTERESSE DE AGIR

A respeito dessa conditio debucram-se os doutos, podendo-se identificá-la, genericamente, como o faz Pontes de Miranda, como enlaçada com a necessidade de tutela jurídica, o que pressupõe indagar se o demandante podia "al-

cançar a finalidade sem pedido à justiça, ou que a justiça nada possa fazer (...). Se há caminho prestado, só depende do titular do direito, ... não precisa ir a juízo" ("Comentários ao C.P.C.", tomo I, pág. 157).

Cândido Rangel Dinamarco alude à "necessidade concreta do processo" ("Execução civil", pág. 141), cumprindo vincular-se a utilidade da propositura da ação ao princípio da economia processual, "cuja atuação pressupõe a maximização dos resultados processuais com a minimização de esforços e de dispêndio de tempo e dinheiro" (Donald Armelin, "Legitimidade para Agir no Direito Processual Civil Brasileiro", pág. 59).

De tal arte, resulta a tutela jurisdicional da necessidade de movimentar-se a máquina judiciária para satisfazer a uma pretensão desatendida, devendo-se afastar a solicitação "dos que poderiam realizar seu direito sem intervenção", dos órgãos judiciais (Celso Agrícola Barbi, "Comentários ao C.P.C.", I vol., pág. 37).

Dentro dessa ordem de raciocínio entendemos que a ação de habeas data deve fundar-se, como elemento mínimo aferidor do interesse de agir, na prévia alega-

ção de ter havido recusa ou omissão no fornecimento das informações almejadas.

Caso concreto foi ajuizado perante a 10ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, verificando-se que a autoridade, notificada para aduzir sua defesa, limitou-se, em resposta, ao ofício judicial, a transcrever os dados sobre o postulante, constantes de seus arquivos. Tal exemplo bem ilustra a indispensabilidade daquela antecedida verificação, tudo sob pena de provocar-se o Judiciário desnecessariamente.

Caso contrário, estar-se-ia sobrecarregando inutilmente a máquina da Justiça e degradando o Judiciário a mero requisitador de informações, que poderiam ser alcançadas sem a intermediação desse Poder, cuja atuação ficará reservada — na esfera processual-civil — à composição de litígios, em consonância com os doutos.

RETIFICAÇÃO DE DADOS

Tão importante quanto o conhecimento das informações se afigura a restauração da verdade, através da correção e atualização daquelas.

Cabe, neste caso, investigar-se da viabilidade de se obter

rem as informações e retificá-las, tudo num só procedimento.

Consideramos que tal objetivo se afigura inalcançável, pois esbarra em pelo menos dois óbices.

O primeiro condiz com a necessidade de certeza e determinação do petitum (artigo 286 do C.P.C.), qualidades que, antes de se excluir, somam-se (J.J. Calmon de Passos, "Comentários ao C.P.C.", III Vol., pág. 156). Ora, como satisfazer-se essa exigência diante da peculiaridade de não se poder saber, de antemão (pois apenas após a vinda das informações será possível examinar sua exatidão), se a retificação será, ou não, necessária?

O segundo radica-se na saliência mesma do instituto, ombreado, ao habeas corpus, ao mandado de segurança e ao mandado de injunção. Daí se infere que o mesmo deve ser preservado para a tutela de direitos que estão a exigir celeridade no plano do provimento jurisdicional perseguido.

A só dimensão constitucional do habeas data está a indicar que o remédio deve ser subministrado de molde a garantir uma resposta lesta e rápida à pretensão posta em juízo, para que não se o rebai-

xe a mero procedimento comum, sujeito a delongas e subordinado a dilações probatórias incompatíveis com seu perfil e com os elevados propósitos que o inspiraram.

Nem se olvide que a previsão constitucional desdobrou-se em duas hipóteses distintas (1. — assegurar o acesso às informações e 2. — solicitar a retificação dos dados), com isso reconhecendo-lhes a recíproca autonomia e independência, podendo o interessado preferir obter a correção por "processo sigiloso, judicial ou administrativo".

Trata-se, em suma, de ação onde a cognição é limitada, sendo lícito ao interessado, caso julgue assim melhor atender à sua pretensão, mover ação ao Estado, pelos caminhos processuais comuns, assim logrando uma cognição completa e profunda. A respeito, Kazuo Watanabe obtempera que a cognição sumária é uma técnica de elevada importância para "a concepção de procedimentos ágeis, rápidos e de compasso ajustado ao ritmo da sociedade moderna" ("Da cognição no Processo Civil", pág. 112), lição essa harmônica com as finalidades maiores do instituto.

Roberto Mortari Cardillo é procurador da República

Habeas data X