

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA - UNIMEP
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

O ESTUDO DO *HABEAS DATA* EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

ALISON RODRIGO LIMONI

PIRACICABA/SP

2007

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA - UNIMEP
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

O ESTUDO DO *HABEAS DATA* EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS

ALISON RODRIGO LIMONI

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Direito) da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Sérgio Resende de Barros.

Núcleo: Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

Orientador: Professor Doutor Sérgio Resende de Barros

PIRACICABA/SP

2007

Ficha Catalográfica

Limoni, Alison Rodrigo.
L734e O Estudo do Habeas Data em face dos direitos humanos /
Alison Rodrigo Limoni. – Piracicaba, 2007.
187 f.

**Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-
Graduação em Direito, Universidade Metodista de
Piracicaba, 2007.**

Orientador: Dr. Sérgio Resende de Barros

1. Direitos Humanos. 2. Writs constitucionais. 3. Habeas data. I.
Limoni, Alison Rodrigo. II. Título.

CDU: 342.7

**O ESTUDO DO *HABEAS DATA* EM FACE DOS DIREITOS
HUMANOS.**

Autor: Alison Rodrigo Limoni

Orientador: Professor Doutor Sérgio Resende de Barros

B A N C A E X A M I N A D O R A

04/12/2007

PROFESSOR DOUTOR SÉRGIO RESENDE DE BARROS
ORIENTADOR

PROFESSOR DOUTOR RUBENS BEÇAK
MEMBRO

PROFESSOR ANTONIO MARTIN
MEMBRO

A José e Alaíde Limoni,

DEDICO

AGRADECIMENTOS

Sempre e inicialmente a Deus, pelo dom da vida.

Aos meus queridos irmãos, Rogério e Andresa, meus protestos de indelével amor e vitória.

À Kátia Stafuzza Limoni, a mais sensível e amorosa pessoa que pude conhecer, pela solidariedade, presteza e compreensão aos momentos em que necessitei de afastar-me para a conclusão deste estudo.

Ao professor Dr. Everaldo Tadeu Quíllici Gonzalez , pela simpatia, humildade e inestimável demonstração intelectual a todos aqueles que tiveram a honra de ser seu aluno.

À Sueli e Dulce Helena, pelas funcionárias e amigas que são.

Em especial, ao professor Doutor **Sérgio Resende de Barros**, não só por ser meu orientador, mas principalmente pelas aulas de vida que fornece com tanto carinho, dedicação inquestionável, intelectualidade e didática ímpar. Meus votos de felicidade e pleno saber.

Em especial, ainda, aos professores Doutores Rubens Beçak e Antonio Martin, membros da Banca de Qualificação do presente trabalho que muito nos honram com suas ilustres presenças.

Ao professor Ms. José Luís Joveli pela demonstração de garra e perseverança.

Finalmente àquele em que me espelhei e inspirei para chegar até o término da presente dissertação, professor Ms. Marcos Roberto Silvério: *um ser humano que todos deveriam conhecer!*

RESUMO

O presente estudo abordou o instituto do *habeas data*, ação prevista na Constituição brasileira de 1988, que visa a obtenção de dados pessoais frente aos registros públicos, prevendo a possibilidade de o indivíduo retificar os dados inverídicos ou incorretos, bem assim justificar a razão da inserção desses dados em referidos arquivos, demonstrando sua origem, natureza jurídica e o momento político em que o Brasil vivenciou no período ditatorial. O estudo foi fundamentado e relacionado com os direitos humanos, especificamente nas lutas liberais ocorridas no final do século XVIII, demonstrando a necessidade histórica da proteção do indivíduo frente ao poder Estatal, correlacionando-o com a necessidade do surgimento do *habeas data* no Brasil. Aferiu-se a presença do mesmo instituto nas Constituições dos países da América Latina, destacando alguns países que prevêem o *writ* em suas referidas Constituições na proteção do indivíduo frente aos arquivos de dados, com destaque para as inovações em relação ao *habeas data* previsto na Constituição brasileira. O estudo dos aspectos processuais do *habeas data* brasileiro ressaltou a legitimidade *ad causam* e a conceituação de *banco de dados*, e procurou-se demonstrar os avanços trazidos pela Lei 9.507 de 12 de novembro de 1997 que regulamentou referido instituto. Por último a efetividade das normas constitucionais e a jurisprudência brasileira acerca do *habeas data* foram objetos de análise com o fim de se demonstrar a utilidade e eficácia do *writ*.

PALAVRAS CHAVES: Direitos humanos, *writs* constitucionais, *habeas data*.

ABSTRACT

The present study dealt the institute of the *habeas data*, action foreseen in the Brazilian Constitution of 1988, that aims to get personal details in face of the public registrations, foreseeing the individual's possibility to rectify the untrue or incorrect data, well like this to justify the reason of the insert of those data in having referred files, demonstrating its origin, juridical nature and the political moment in that Brazil lived in the dictatorial period. The study was based and related with the human rights, specifically in the liberal fights happened in the end of the century XVIII, demonstrating the historical need of the protection of the individual front to the State power, correlating it with the need of the appearance of the *habeas data* in Brazil. The presence of the same institute was checked in the Constitutions of countries of Latin America, detaching some countries that foresee the writ in yours referred Constitutions in the protection of the individual front to the files of data, with prominence to the innovations in relation to the *habeas data* foreseen in the Brazilian Constitution. The study of the procedural aspects of the Brazilian *habeas data* emphasized the legitimacy *ad causam*, and the concept database it tried to demonstrate the progresses brought by the Law 9.507 of November 12, 1997 that regulated referred institute. Lastly, the effectiveness of the constitutional norms and the Brazilian jurisprudence concerning the *habeas data* were analysis objects with the purpose to demonstrate the usefulness and effectiveness of the writ.

KEY WORDS: Human rights, constitutional writs, *habeas data*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I - ESTUDO DOS DIREITOS HUMANOS	13
1.1 NOTA DE DELIMITAÇÃO DO TEMA.....	13
1.2 AS DECLARAÇÕES DE DIREITO	16
1.3 CONSTITUCIONALISMO	23
1.3.1 O ESTADO DE DIREITO	27
1.4 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS.....	32
CAPÍTULO II - INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS.....	38
2.1 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA.....	38
2.2 FRANÇA.....	44
2.3 INGLATERRA.....	47
2.4 ESTADOS UNIDOS.....	50
CAPÍTULO III – O <i>HABEAS DATA</i>	55
3.1 ORIGEM E TERMINOLOGIA	55
3.1.1 O MOMENTO POLÍTICO BRASILEIRO	55
3.1.2 TERMINOLOGIA	60
3.1.3 ORIGEM DO <i>WRIT</i>	64
3.1.4 NATUREZA JURÍDICA	69
3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DO <i>HABEAS DATA</i>	75
3.2.1 INTRODUÇÃO.....	75
3.2.2 ANÁLISE PROCESSUAL DA LEI Nº 9.507/97.....	77
CAPÍTULO IV – DIREITO COMPARADO	104
4.1 DIREITO COMPARADO E <i>HABEAS DATA</i>	106
4.1.1 PORTUGAL	107
4.1.2 ESPANHA.....	113
4.1.3 ARGENTINA	115
4.1.4 BOLÍVIA.....	121
4.1.5 CHILE	123
4.1.6 COLÔMBIA	125
4.1.7 EQUADOR.....	128
4.1.8 VENEZUELA.....	131
4.1.9 PERU.....	133
4.1.10 PARAGUAI.....	135
4.1.11 URUGUAI.....	137

4.2 APONTAMENTOS: DIREITO COMPARADO E HABEAS DATA.....	140
5. CAPÍTULO V – ESTUDO SOBRE A UTILIDADE DO <i>HABEAS DATA</i>	144
5.1 FINALIDADES DO INSTITUTO.....	144
5.2 BREVE ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE E EFICÁCIA DO <i>HABEAS DATA</i>	156
5.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	162
CONSIDERAÇÕES FINAIS	169
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	179

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 inaugurou, ao lado de inúmeras garantias e direitos, **ações constitucionais** visando a efetiva proteção do indivíduo na defesa de seus direitos fundamentais, entre elas, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o objeto do presente estudo: o *habeas data*.

Trata-se de ação constitucional inserida no rol dos direitos e garantias individuais que visa o conhecimento de dados pessoais na verificação de anotações constantes de registros públicos ou de entidades de caráter público, abrindo a possibilidade de correção de referidos dados, se inverídicos ou incorretos, e até mesmo a justificação dos mesmos, caso sejam pertinentes referidas anotações, mas explicáveis.

A questão que permeia todo o trabalho é se, de fato, com a criação de referido instituto na Constituição de 1988, o legislador conseguiu torná-lo útil aos direitos fundamentais e, caso a resposta seja positiva, em que termos isso ocorreu na prática jurídica do ordenamento brasileiro, uma vez que o *habeas data* é considerado para muitos autores ação *desnecessária e inócua*.

Na busca das respostas para tais questionamentos tornou-se necessária a análise histórica dos direitos humanos fundamentais e o estudo do surgimento do *Estado de direito*, fonte inevitável para a real compreensão da **necessidade de proteção do indivíduo perante o Estado**.

Para tanto, o estudo do *Estado de direito* convida o leitor a deitar o olhar no movimento constitucionalista que teve seu apogeu no século XVIII, bem como a analisar um dos frutos das revoluções liberais – as declarações de direito – até se chegar aos *direitos* hodiernamente chamados de *fundamentais*, ou *direitos e garantias fundamentais*, ou simplesmente *direitos humanos*.

O segundo capítulo apresentará os instrumentos de defesa dos direitos humanos que alguns países do direito ocidental apregoam na busca de dar efetividade aos referidos direitos fundamentais. Assim irá se estudar a classificação doutrinária das *ações constitucionais* e como o direito comparado cuida do assunto, lançando alguns institutos previstos em França, Inglaterra e Estados Unidos para após adentrar-se no estudo da ação constitucional brasileira criada em 1988 denominada *habeas data*.

Por conseguinte o capítulo terceiro trata estritamente do instituto do *habeas data*, correlacionando-o com a necessidade de sua criação, no qual demonstra a origem terminológica e histórico-brasileira do remédio constitucional, natureza jurídica, o momento político vivenciado pela constituinte de 1988, como também os aspectos processuais trazidos pela lei regulamentadora do *habeas data*, Lei nº 9507, de 12 de novembro de 1997.

O capítulo quarto apresenta o estudo do direito comparado referente ao *habeas data* propriamente dito, iniciando com o estudo de Portugal e Espanha pelo fato de que a doutrina brasileira se reporta àqueles ordenamentos como co-responsáveis pela criação do *writ* de *habeas data*. Após será dado ênfase à América Latina, na qual se vislumbra maior aproximação ao *writ* brasileiro, isso porque os países que a compõem tiveram em sua história, ditaduras e regimes

de repressão assim como no Brasil, justificando a pertinência da comparação entre tais ordenamentos jurídicos.

O quinto capítulo aborda a utilidade e efetividade do *habeas data*, utilizando como base de sua justificativa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pela qual se demonstra a discrepância entre o número de julgados por essa Corte e o número de julgados de *habeas data* no período compreendido entre outubro de 1988 a setembro de 2007. O objetivo principal desse capítulo é a verificação da efetividade social do instituto do *habeas data*, ou seja, se realmente é praticado no sistema jurídico pátrio ou, caso seja negativa a verificação, quais os motivos de sua não aplicação social.

Em considerações finais faz-se uma explanação do que se pôde aferir com o estudo do *habeas data* no ordenamento jurídico brasileiro, comparando-o com alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros, procurando contribuir para a instrumentalização do *writ* perante o ordenamento pátrio, apontando alguns quesitos de ordem prática e sugerindo mudanças na aplicação do *habeas data* com a visão de que esse instituto pode vir a ser verdadeiramente um *mandamus* útil e eficaz na proteção do cidadão diante do Estado.

CAPÍTULO I – ESTUDO DOS DIREITOS HUMANOS

1.1 NOTA DE DELIMITAÇÃO DO TEMA

O presente estudo se pauta e se fundamenta nos direitos humanos, e demonstra a luta do indivíduo em face do poder estatal, quando foi necessário declarar direitos em oposição ao poder déspota e absoluto dos reis no final do século XVIII com as revoluções liberais burguesas.

Contudo, não se pretende aqui esgotar toda a história dos direitos humanos, mas, sim, trazer alguns dos fatos relevantes que permearam a construção desses direitos e que podem fundamentar o presente estudo do *habeas data*, remédio jurídico genuinamente brasileiro, criado na Constituição de 1988 que visa salvaguardar as informações pessoais dos indivíduos, constantes dos arquivos públicos ou de caráter público.¹

Com isso, pretende-se demonstrar a necessidade de o constituinte brasileiro criar o *habeas data* na Constituição Federal da República Federativa do Brasil em 1988. Norberto Bobbio afirmou que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.²

¹ A definição e conceituação do *habeas data* serão tratadas no capítulo II.

² Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004,5.

Para o estudo da afirmação histórica dos direitos humanos, toma-se como base o movimento constitucionalista moderno³, não como fatos pontuais, mas como forma dialética do movimento. Demonstra-se que, ao entrar em declínio o sistema feudal, iniciou-se o distanciamento da atividade civil e política e as forças produtivas promoveram na base da sociedade a consubstanciação dos feudos em mercado nacional até a reconformação político-jurídica na superestrutura, principiando o monopólio pelo Estado da força institucional, antes dispersa, por entre as várias entidades leigas e clericais.⁴

Essa *reconformação* na base política, ou seja, antes como sistema feudal e agora em reinos unidos, monárquicos, é o que se definiu pela nova organização como sendo: o **Estado**.⁵

Portanto, o Estado iniciou-se com o surgimento do mercantilismo, na passagem do feudalismo para o capitalismo, embrenhando-se com esse desenrolar da história – não em grandes saltos, mas de maneira gradual e necessária – distanciando a atividade civil da atividade política, surgindo, com esse desenvolvimento, a sociedade civil ou sociedade burguesa.⁶

Nesse ínterim, na passagem do feudalismo para o capitalismo, surge a figura de um rei absoluto em substituição à figura do senhor feudal. Esse rei, por seu poder déspota e ilimitado, torna-se absoluto de tal maneira que foi

³ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 25.

⁴ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millenium, 2008, p. 12.

⁵ Cf. BARROS, Sérgio Resende de, *ibidem*.

⁶ Cf. BARROS, Sérgio Resende de, *ibidem*.

necessário aos súditos opor-lhe direitos⁷, até se chegar às conquistas das revoluções liberais feitas pela burguesia substituindo o rei pela lei.

O Estado contemporâneo, por sua vez, ensina Ferreira Filho, “nasce, no final do século XVIII de um propósito claro, qual seja o de evitar o arbítrio dos governantes”.⁸

Por meio das revoluções liberais tem-se as *declarações de direito* as quais foram lançadas no corpo das constituições escritas para garantir os direitos recém conquistados em referidas revoluções liberais.

Essa necessidade histórica de garantir os direitos conquistados por meio da inserção da declaração de direitos na Constituição de um Estado justifica o estudo das declarações de direitos ocorridas no final do século XVIII para a atual compreensão e conclusão do presente trabalho acerca do *habeas data e sua função nos direitos humanos*.

Assim, a inserção do *habeas data* na Constituição brasileira de 1988 – como uma ação, um *writ* e não apenas como previsão de direitos – foi necessária pelos motivos político-jurídicos que o país vivenciou, como será demonstrado.

⁷ Exemplo disso foi a mais famosa oposição de direitos dos súditos ao rei, a *Magna Carta*, a qual será objeto de estudo adiante.

1.2 AS DECLARAÇÕES DE DIREITO

As declarações de direitos precederam as constituições escritas no início das revoluções contra a monarquia absoluta, declarações estas que, na França de 1789, tiveram como principal impulso o *jusnaturalismo*, segundo o qual “o homem é titular de direitos inerentes à sua pessoa, decorrentes de sua natureza e, por conseqüência, anteriores e superiores ao Estado, diante do qual devem ser declarados para que não sejam esquecidos, mas garantidos”.⁹

Já na Inglaterra não houve declarações de direito precedendo uma constituição escrita, porque lá não se tem este documento formal o qual assim se intitulou de *Constituição*. Na Inglaterra, foram declaradas diversas *cartas* dos súditos opondo direitos ao rei séculos antes da revolução francesa de 1789, até se chegar a mais famosa delas: a *Magna Charta Libertatum* ou, simplesmente denominada Magna Carta.¹⁰

Entre as declarações liberais burguesas, a da Virgínia, em 12.6.1776, foi a primeira declaração de direitos, seguida da Declaração de Independência das

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

⁹ BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2. ed. Piracicaba: Unimep, 1999, p.49.

¹⁰ De modo ímpar, os Ingleses inauguraram a oposição de direitos ao Rei. “Proximamente, a oposição de direitos na Inglaterra foi conseqüência da invasão de suas terras pelos conquistadores normandos. A terra angla – *Anglaterra* – prontamente reagiu à prepotência que nela desembarcou”. Mas, se na França, já na Revolução Francesa, também se declararam *direitos naturais* para limitar os poderes absolutos do rei, onde estaria então a diferença em relação ao povo Inglês? É que “algumas manifestações dessa liberdade” opostas ao rei na Ilha Inglesa, “eram tão inveteradas nos usos e costumes, que sua origem realmente escapava à memória: eram *liberdades imemoriais*, remontando – mesmo – à liberdade natural das comunidades tribais.” E essas “práticas de liberdade”, tão evidentes no povo inglês, foram garantidas por uma outra liberdade não menos recente, “a de dirigir-se ao rei, a quem competia conduzir em comum os clãs reunidos na tribo, para pedir a solução de questões ou conflitos ruinosos para a comunidade básica, o que depois foi e ainda é sufragado como *direito de*

colônias inglesas da América do Norte em 4.7.1776. Contudo, o modelo por excelência foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26.8.1789, da França.

Para os liberais do final do século XVIII, faziam parte de seus “direitos” as prerrogativas emanadas diretamente da natureza humana, consideradas intangíveis, inalienáveis e imprescritíveis, inclusive anteriores a toda sociedade e a todo poder, haja vista que, sem o homem, inexisteriam a sociedade e o poder.

A liberdade era o valor maior da sociedade daquele momento, pois a burguesia não conseguia dar passos mais largos em busca de novos mercados, uma vez que o rei absoluto era quem comandava todo o ordenamento jurídico. Daí se dizer: em sendo absoluto, ninguém lhe opunha em nada. Era necessário para os burgueses, além da conquista do mercado, a liberdade.

Mas como se chegou a esse ponto em termos históricos? Onde o rei tornou-se tão absoluto? Para responder a essas indagações caberiam inúmeras laudas que possibilitassem a real compreensão da história.

No entanto, com o intuito de demonstrar a situação do contexto histórico vivenciado no mundo ocidental, na passagem da idade média à moderna, e desta à contemporânea, serão apresentados alguns dos vários fatores que levaram a sociedade civil – ou burguesa – a submeter-se ao poder despota e ilimitado dos reis na idade média e fins da idade moderna.¹¹

petição.” Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**, *op. cit.*, p.295-296.

¹¹ Em visão dialética, “a consubstanciação econômico-social na infra-estrutura determinou a reconformação político-jurídica na superestrutura. Nessa reconformação, o reino unido e a monarquia absoluta foram as formas primogênicas da constituição política do Estado na

Essa figura real se confundia com a própria lei e possuía poderes desenfreados e tão extremados que, nos derradeiros anos do século XVIII, portanto no final da idade moderna, foi necessário àquela classe ascendente, que mais tarde veio a ser denominada de burguesia, lutar contra esse poder absoluto para conquistarem o que outrora almejaram: em última análise, mercado, segurança e o *próprio poder*.

Dessa forma, com o declínio do sistema feudal,¹² e início do mercantilismo, de maneira gradual e necessária, surgiu uma nova classe que logo entrou em grande ascensão¹³, denominada mais tarde de burguesia. Portanto, é com o início do comércio, ainda pequeno diante do decadente sistema feudal¹⁴, que essa nova classe vai conquistando espaço e acumulando capital.

Vislumbrou-se, desde então, que já era possível identificar um sentimento nascituro de individualismo¹⁵ entre os cidadãos. Antes disso, não

sociedade pós-medieval. Foram formas constitucionais históricas necessárias para compor as diversas estruturas feudais em um só mercado nacional sob um só poder político.”Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**, *op. cit.*, p. 12.

¹² Por sistema feudal, entende-se “uma estrutura descentralizada da sociedade, na qual os poderes do governo eram exercidos por barões sobre pessoas que deles dependiam economicamente. É um sistema de suserania e vassalagem, no qual o direito de governar é concebido como um direito de propriedade, cabendo a quem quer que possua um feudo. A relação entre o suserano e seus vassalos é uma relação contratual, que envolve obrigações recíprocas. Em troca da proteção e assistência econômica que recebem, os vassalos devem obedecer ao seu senhor ou suserano, servi-lo lealmente e, em geral, compensá-lo com tributos ou impostos correspondentes aos serviços que ele presta no interesse dos primeiros”. Cf. BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 2. ed. 10. impr. Porto Alegre: Globo, 1970, Vol. I. p. 318. (Redação original).

¹³ “A emergência de um novo grupo econômico com o sentimento dos agravos sofridos e a consciência da sua própria força e importância parece ser condição necessária ao deflagrar de qualquer revolução”. Cf. BURNS, Edward Mcnall, *op. cit.*, V.II, p. 593. (redação original).

¹⁴ Salienta Leo Huberman que, “no início do período medieval, o mercado tinha âmbito apenas local, reunindo os habitantes da cidade e dos campos imediatamente vizinhos”. Cf. HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. rev. Rio de Janeiro: LTC, 1986, parte I, p. 61.

¹⁵ Assim também asseverou Norberto Bobbio, o qual, em explicação histórica dos direitos naturais, anotou que estes “nascem no início da era moderna, *juntamente com a concepção*

havia esse sentimento de individualidade, ou mesmo de indivíduo, como o termo é hoje empregado. Está correto Miguel Reale ao anotar que, “a época moderna assinala-se por um grande impulso do indivíduo no sentido de sua própria afirmação”.¹⁶

Essa característica de individualidade só surgiu na idade moderna, uma vez que, para os antigos, para os povos clássicos e ainda para aqueles que, mesmo já avançando na idade média, viviam sob o domínio do sistema feudal, não existia esse sentimento¹⁷ de separação entre o homem e o meio em que convivia.

Da mesma forma, nas comunidades tribais, “a participação era a condição da vida. A integração e não a autonomia, nas relações de uns com os outros, era a condição de sobrevivência”.¹⁸ Em outras palavras, todos em busca do bem comum da própria comunidade, ainda e especialmente a tribal. Aqui surge, destaca o mesmo autor, outro sentimento que não deve se confundir com o contemporâneo: a liberdade. Anotou ainda que:

(...) na comunidade tribal, desponta a origem, assim como a explicação e a justificação da liberdade dos antigos (liberdade pela participação na polis), cuja diferença em relação à liberdade dos modernos (liberdade pela autonomia perante o

individualista da sociedade”. Cf. BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991, p. 22. (Grifo do autor).

¹⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p 150.

¹⁷ Canotilho ressalva que, “quando se põe a pergunta da existência da idéia de direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa (...). Todavia, a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à idéia de direitos fundamentais. O pensamento sofisticado, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da idéia de humanidade (...). No entanto, a idéia de igualdade dos homens assente numa dimensão individual e cosmológica, não conseguiu ultrapassar o plano filosófico e converter-se em categoria jurídica e, muito menos, em medida natural da comunidade social”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 381. (Redação original).

¹⁸ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**, *op. cit.*, p. 77 e ss.

Estado) tem sido reiteradamente apontada, desde Henri Benjamin Constant de Rebecque.¹⁹

Portanto, não significava liberdade-autonomia, entendida como a independência individual em face do Estado. O absolutismo da *polis* “absorvia a liberdade individual”²⁰ ao passo que o burguês necessitava de tal liberdade para se livrar do sistema feudal e em última análise assegurar seu próprio mercado. Mercado este que se iniciava e já sofria os problemas advindos da falta de segurança, tanto material quanto institucional. Assim, aqueles que possuíam mais dinheiro poderiam contratar mais segurança. Já os menos afortunados não.²¹ E para a burguesia isso não era bom. O rei era quem poderia proporcionar a tão almejada e necessária segurança para essa nova fase do comércio nascituro.

A indagação anteriormente feita de como o rei adquiriu poder absoluto, pode ser em síntese respondida nos termos acima, uma vez que surge essa figura funcional e efetiva, o qual possuiu papel fundamental nesse processo de crescimento da burguesia e enfraquecimento do sistema feudal.

Dessa forma, “necessitava-se de uma autoridade central, um Estado nacional. Um poder supremo que pudesse colocar em ordem o caos feudal” – isso porque o senhor feudal declinava com o próprio sistema – “era chegado o momento oportuno para um poder central forte”.²²

A burguesia interagiu cada vez mais com o rei, o qual retribuía com leis favoráveis à classe, especialmente a segurança proporcionada por seus

¹⁹ BARROS, Sérgio Resende de. *ibidem*, notas de rodapé.

²⁰ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.37.

²¹ Cf. HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**, *op. cit.*, p. 68.

²² Cf. HUBERMAN, Leo, *ibidem*.

exércitos²³, e com a implementação dos impostos e a possibilidade de os vassallos, ainda em processo de libertação do sistema feudal, pagarem seus serviços não só com doações de terras, mas também com dinheiro. Surge então a “**escudagem**”²⁴. Assim, o rei vai adquirindo mais capital e poder, tornando-se cada vez mais forte, e crescendo na monarquia nacional.

Nessa evolução *lenta e acidentada*, o rei, inicialmente apoiado pela burguesia, torna-se soberano, déspota, centralizador e ao fim confunde-se com a própria lei, a ponto de aquela mesma classe combatê-lo nos derradeiros anos do século XVIII.

Foi com o declínio do sistema feudal e início do capitalismo que ocorreu também um dos mais importantes fatos históricos que permeou e acabou por moldar a idade moderna: a “separação entre o **agenciamento econômico** e o **agenciamento político**”.²⁵

Destarte, a visão muitas vezes equivocada de sociedade civil é explicada em seu surgimento histórico, existindo já a dialética entre a “infraestrutura e superestrutura”, pois:

O poder institucional se concentrou nos agentes políticos, mas restou com os civis o embasamento econômico e social do poder. A base civil passou a ser vista como diferente, embora não indiferente, em relação a uma superestrutura política cada vez mais alta: **o Estado**. Desse modo, o Estado e a sociedade civil **surgiram** como fenômenos intrincados no movimento evolutivo dos agentes econômicos, desencadeando as forças econômicas, políticas, culturais, cuja interação separou duas espécies sociais, a política e a civil, determinando a distinção

²³ “O rei podia contratar e pagar um exército pronto, sempre a seu serviço, sem depender da lealdade de um senhor”. Cf. HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**, op. cit., p. 72.

²⁴ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**, op. cit., p. 244.

entre **sociedade civil** ou burguesa (base, sede das relações econômicas) e **sociedade política** ou Estado (superestrutura, âmbito das relações políticas).²⁶

Disso se denota que a *base* civil, pelo seu próprio movimento histórico, não poderia permanecer estática em relação ao poder absoluto e centralizador da pessoa do rei, o qual, após séculos, acumulou em suas mãos, além de poder, o próprio comando da sociedade. Essa sociedade civil necessitava, sobretudo, de liberdade.

As revoluções liberais buscaram especialmente essa liberdade que outrora havia sido conquistada, a qual foi tolhida por um personagem da história que por séculos reinou absoluto: o rei.

Sem liberdade, o burguês se encontrava sem o próprio mercado. Nas palavras de Jean-Jacques Rousseau, reportando-se ao tema, “se indagarmos em que consiste precisamente o maior bem entre todos (...), descobriremos que ele se reduz a estes dois objetos principais: a liberdade e a igualdade”.²⁷

Para os liberais sustentarem o que buscavam, procuraram desde logo declarar o indivíduo na sociedade. As declarações de direito colocaram a liberdade do ser humano em primeiro plano e **foram necessárias para assegurar o que acabavam de conquistar: a própria liberdade.**²⁸

E assim, pode-se dizer que as declarações de direito vieram com um objetivo determinado:

²⁵ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**, *op. cit.*, p. 11. (grifos do autor).

²⁶ Cf. BARROS, Sérgio Resende de, *ibidem*.

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000, p. 71.

²⁸ Essa idéia de necessidade histórica de assegurar por meio da Constituição os direitos alcançados interage com o objeto do presente estudo do *habeas data*, como se verá.

(...) não puseram direitos como simples ideais sem possibilidade de realização, mas realmente abriram um processo histórico de efetiva proteção jurídica da humanidade, continuado e aprofundado nos direitos econômicos, sociais e culturais, continuado e ampliado nos direitos de solidariedade e que será continuado por quantos mais direitos forem gerados para continuar, nos modos que se fizerem historicamente necessários, a realização efetiva do ser humano nos indivíduos humanos. Eis aí *a continuidade histórica dos direitos humanos*, que seguem, prosseguem e perseguem sem interrupção o rumo de uma real universalização dos direitos do ser humano, nacional, internacional e supranacionalmente.²⁹

Essa é a síntese das declarações que percorreram os anos finais do século XVIII e abriram o século XIX, continuando no século XX sempre visando a salvaguardar o indivíduo frente ao Estado.

1.3 CONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo³⁰ foi *um movimento político-jurídico e ideológico, surgido no final do século XVIII, nos Estados Unidos da América e na França, por uma classe que mais tarde viria a ser chamada de burguesia, com o intuito*

²⁹ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**, *op. cit.*, p. 372-373.

³⁰ Regina Quaresma anotou que a “Constituição Política, entendida como lei fundamental do Estado, que sistematiza o modo de aquisição e o exercício do Poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação, é o resultado de um fenômeno histórico-cultural ocorrido na transição do Antigo regime para a Modernidade. Esse movimento denominou-se constitucionalismo”. Cf. QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 5.

*de afastar o arbítrio dos reis, transformando o Estado absoluto – monarquia absoluta – em um Estado de direito.*³¹⁻³²

Como exposto anteriormente³³ a burguesia encontrava-se em *ascensão* sendo o Estado Liberal “caracterizado por um processo de acolhimento e regulamentação das várias exigências provenientes” dessa nova classe, com objetivo imediato e necessário de “delimitar o poder tradicional”,³⁴ ou seja, o poder absoluto dos reis.

Regina Quaresma³⁵ sustentou que o constitucionalismo “emergiu no bojo da crise de legitimidade do Estado absolutista. A modernidade liberal burguesa adota o meio urbano de vida, o racionalismo iluminista e o mercado como fórmula para explicar a lógica dos novos detentores do poder”, e que, se distanciando cada vez mais do sistema anterior, o feudal, “um novo padrão institucional é forjado racionalmente, baseado na liberdade assegurada pelas leis e na igualdade abstraída no mercado.”³⁶

Para assegurar os direitos declarados contra o Estado, além das declarações que antecederam o texto constitucional, a burguesia “utilizou-se de

³¹ BARROS, Sérgio Resende de. Idéias extraídas das aulas do curso de pós-graduação do Mestrado em Direito, da Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP, Piracicaba/SP, 1º S/2006.

³² O modelo de constitucionalismo francês e americano é o exemplo clássico acerca do constitucionalismo legitimador da constituição moderna (a escrita). Todavia, como ressaltado no item 1.3.1, Canotilho ressalva que “em termos rigorosos não há um só constitucionalismo, mas vários constitucionalismos, ‘o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês’ (...)” Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p 51. Sobre a história da Inglaterra, vide ainda, BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**, *op. cit.*, Cap. 3.

³³ O estudo sobre o constitucionalismo correlaciona-se com o estudo das declarações de direito exposto no item anterior. Mas, para efeitos didáticos preferiu-se apresentá-lo como um tópico, com um subitem para que seja melhor visualizado.

³⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.147-148.

³⁵ QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**, *op. cit.*, p.5-6.

³⁶ QUARESMA, Regina, *ibidem*.

dois institutos típicos: o da separação dos poderes e o da subordinação de todo poder estatal (e, no limite, também do poder dos próprios órgãos legislativos) ao direito (o chamado *constitucionalismo*)”.³⁷

Nesse ínterim, “a constituição em sentido moderno pretendeu radicar duas idéias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e garantir os direitos e liberdades do indivíduo”.³⁸

Jean-Jacques Chevallier anotou que a Constituição “torna-se uma sucessora das ideologias surgidas para explicar a passagem do homem do ‘estado natural’ para o ‘estado social’, a idéia de *contrato social*.”³⁹⁻⁴⁰

A Constituição seria *uma garantia da liberdade entre os indivíduos*, a guardiã da nova era do Estado, do Estado Liberal, pois era necessário protegê-lo dos arbítrios do rei, sob os quais até então os súditos haviam vivido.⁴¹

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, *op. cit.*, p.148.

³⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p.54-55.

³⁹ Para os que lutavam a favor do absolutismo, como Thomas Hobbes, “o homem, sob pena de destruição da espécie, abandonou o estado natural, renunciando-o ao direito absoluto de todos contra todos, para as mãos de alguém que possa o exercer e, através de um pacto, saíram daquele estado natural degradante; esse pacto, sem gládio não será mais que palavras”. Vide CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 2002, p.70-72.

⁴⁰ Anotou Sérgio Resende de Barros que, “os liberais pouco se serviram das heranças contratualistas de Hobbes, no Estado (absolutismo totalitário), Rousseau, na coletividade (democracia absoluta). Por isso, o que inspirou a valorização do contrato pelo liberalismo, tanto no direito político como no direito privado, foi aquela mesma visão individualista, voluntarista, utilitarista, que inspirou Locke na concepção do pacto social: a associação dos indivíduos, por sua própria vontade, em prol de si mesmos. Essa concepção – a saber: qualquer sociedade visa aos interesses dos indivíduos que se associam com base na igual autonomia de vontade de cada um – dominou a doutrina liberal clássica referida aos contratos de direito privado”. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. Piracicaba: UNIMEP. 1999, p. 73-74.

⁴¹ Importante mencionar que, no início, por um movimento histórico (e gradual), após o enfraquecimento do sistema feudal, iniciam-se as pequenas transações de cunho comercial, diferentemente do que ocorria antes, quando se permutavam as mercadorias que excediam à subsistência dos integrantes desses feudos. Assim com o início do mercantilismo, ocorre um acúmulo cada vez maior de capital até que, nas cidades surgidas em razão do comércio, essa nova classe que surgia de comerciantes se viram na necessidade de aumentar o mercado e lutar contra o decadente feudalismo, mas agora em forma de Nação comandada por um rei monárquico. Essa figura, inicialmente necessária aos comerciantes, tornou-se, com o passar do tempo, um verdadeiro déspota, com poder tão absoluto quanto poderia ser. Em uma visão singela, surge a burguesia e inicia-se, portanto, a disparidade entre o Rei e o Burguês,

No entanto, os burgueses não lutaram contra a monarquia enquanto forma de governo; lutaram contra o poder absoluto utilizado pelo rei, contra a concentração total do poder na pessoa do monarca. Assim, o advento das constituições escritas:

foi marcado por um movimento político-jurídico que demandava dos Estados a formulação de sua constituição por escrito, a fim de organizar racionalmente o poder político e assegurar diante dele os direitos do homem e do cidadão, na transição histórica em que a nação se libertava do rei. A esse movimento, contraposto ao absolutismo real, deu-se o nome de *constitucionalismo*.⁴²

Esse poder político que deveria ser racionalizado era o poder absoluto. Norberto Bobbio ensina que a concentração de poder ocorre quando os que “detêm o monopólio do poder coercitivo, no qual consiste propriamente o poder político, detêm ao mesmo tempo o monopólio do poder econômico e do poder ideológico, através da aliança com a Igreja única elevada a Igreja de Estado”.⁴³

Ou seja, o monarca soberano tinha ao “lado do *imperium* e do *dominium*, também a *potestas spiritualis*, que é, de resto, o poder de pretender obediência dos próprios súditos por força de sanções não só terrenas, mas também ultraterrenas.”⁴⁴

O advento das Constituições⁴⁵ escritas no século XVIII, portanto, exigiu a formulação por parte dos Estados desse documento formal para, de um lado,

desencadeando nas ditas *revoluções liberais burguesas*. Vide HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**, *op. cit.*, parte I – 1-7.

⁴²Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**, *op. cit.*, p.47.

Grifos do autor

⁴³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, *op. cit.*, p.147.

⁴⁴ BOBBIO, Norberto, *ibidem*.

⁴⁵ Considerando, pois, que a Constituição é a organização fundamental de um Estado, não pode existir Estado que não tenha Constituição, ainda que esta não seja formalizada num

racionalmente organizar o poder e do outro, assegurar os direitos do homem, tendo como produto final do Estado de direito, como se verá.

1.3.1 O ESTADO DE DIREITO

O Estado de direito é uma expressão usada para referir-se a uma nação soberana, um Estado soberano, no qual o direito possui vigência sobre o governo dessa nação. Advindo do *movimento do constitucionalismo moderno*⁴⁶, deve-se ater que, ao se referir “Estado”, este diverge dos Estados anteriores à Idade Moderna,⁴⁷ os quais eram formados entre outros elementos pela

documento solene, ou mesmo que suas normas não sejam superiores às demais leis eventualmente existentes. Destaca Philip Bobbitt que, *toda sociedade tem uma constituição. Naturalmente, nem todas são escritas – como no caso da britânica, por exemplo. Tampouco todas as sociedades requerem um Estado. Mas toda sociedade... possui uma constituição, pois, para ser uma sociedade, é necessário ser constituída de alguma forma.* Cf. BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações.** Tradução de Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Campus, 2003, p.69-70.

⁴⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, op. cit., p. 51-52. Assevera esse autor que não existe um só tipo de constitucionalismo, mas vários constitucionalismos e que seria preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural.

⁴⁷ Essa didática deve ser percebida sob pena do perecimento histórico quando da formação do hodierno Estado de direito. Kildare Gonçalves Carvalho apregoa: “o Estado oriental, que corresponde à Idade Antiga (civilização egípcia, mesopotâmica, hebraica persa, judia e outras), tem como traços básicos a teocracia (o poder político é uma expressão do poder religioso), forma monárquica absoluta que acarretava a redução dos direitos e garantias individuais, e larga extensão territorial. Os monarcas eram adorados como deuses, considerados chefes do poder espiritual. Mencione-se ainda a ocorrência, no Estado oriental, de uma marcante estratificação social, com acentuada hierarquização da sociedade. O Estado grego era representado pela *polis* ou cidade, originária do culto dos antepassados, e fundada sobre uma religião... a *polis* grega era assim construída de cidadãos livres, uma comunidade de cidadãos, não de homens. É que, além daqueles, habitavam a cidade os metecos (estrangeiros) e os escravos, aos quais não se reconhecia a condição de participantes do poder político. O Estado romano assemelha-se ao grego. Sua base é o agrupamento da família e o culto dos antepassados. Mesmo depois de ter ocupado larga extensão territorial, o Estado romano não se desvinculou de sua base municipal e urbana, coma expansão, inclusive, da cidadania. O

institucionalização jurídica do poder⁴⁸ e não havia oposição de direitos perante o governo, como passou a existir nos tempos modernos e idade contemporânea.

Terminologicamente, a expressão “Estado de direito – *Rechtsstaat* – surgiu na Alemanha em 1798 primeiro por ‘Johann Wilhelm Placidus (ou Johann Wilhelm Petersen) na obra *Litteratur der Staatslehre. Ein Versuch*’⁴⁹. Expressão esta também empregada por Welcher, em 1813, no qual distinguia os tipos de governo em três, a saber: despotismo, teocracia e Estado de direito – *Rechtsstaat* – desenvolvendo-se também naquele país sua doutrina nos planos filosófico e teórico.⁵⁰⁻⁵¹

período medieval (fala-se em período medieval porque realmente não teria havido Estado medieval pela desintegração da unidade do poder que se fragmentou em várias instituições parciais e autônomas) (...) na idade média não havia coesão do poder estatal. Existiram, isto sim, comunidades parciais, como os grêmios, as corporações de ofício, enfim, as entidades intermediárias. O Estado moderno surge, então, e com ele a própria noção de Estado. O poder político passa a ser uno, concentrado no rei que tem imediata ligação com o indivíduo, o qual se sujeita ao seu poder: nasce da idéia de soberania. O Estado passa a corresponder à nação; há referência territorial”. Cf. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 37-40.

⁴⁸ Jorge Miranda expõe que qualquer tipo histórico de Estado *necessariamente se acompanha de uma institucionalização jurídica do poder*. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Limitada, 1988, p. 47.

⁴⁹ HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of law*. Paris: Dalloz, 2002. p.1., *apud* BARROS, Sérgio Resende de. **Estado de direito e estado de legalidade**. São Paulo: [s.n.], USP, 2006. Artigo apresentado em seminário aos alunos do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, Piracicaba/SP, 2006.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**, *op. cit.*, p.6-8.

⁵¹ Francisco Wildo Lacerda Dantas menciona que o nascimento do Estado de direito na Inglaterra, quando os barões obrigaram o rei João Sem Terra a assinar, em 15.1.1215, a Magna Carta que, segundo o autor, “...encerra uma época e inicia outra. É o início de um momento histórico em que começa a ser bloqueado o poder absoluto do monarca e a lei constitucional inicia as limitações a tal poder. É o ponto inicial de escalada do liberalismo inglês ascendente”. Cf. DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O Estado de direito e as medidas provisórias. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 654, p.238. Não obstante o raciocínio do autor é preciso cautela com esta sentença de que neste fato estaria o *surgimento do Estado de direito*, uma vez que, o termo Estado de direito deve ser visto como fruto das revoluções liberais onde se teorizou três tipos de governo. Ademais, como assevera Philip Bobbitt, *as características jurídicas definidoras da sociedade medieval eram sua natureza horizontal, refletida nas duas dimensões que a tudo permeavam, o poder eclesiástico e o feudal. Não obstante, a sociedade medieval não se dividia em Estados distintos, com cada príncipe sendo soberano em seu próprio território, reinando de maneira hierárquica sobre todos dentre dessas terras e não sobrando ninguém nem nenhum espaço que ficasse foi dos domínios de algum príncipe. Pelo contrário, a sociedade política organizava-se em quatro setores funcionais coexistentes: a nobreza, clero, burgueses e camponeses – embora alguns desses setores se*

O Estado de direito, portanto, liga-se à idéia de governo regido por um estatuto de Direitos, pelo que se infere dizer que o próprio Estado se submete a este estatuto. Nesse sentido, vige uma lei de ordem superior: a Constituição.⁵² Esta, por sua vez, regra o direito *político* e estabelece parâmetros pelos quais as leis inferiores, devem respeitá-la. Assim, por necessidade histórica, adveio o controle de constitucionalidade das leis.⁵³

Norberto Bobbio anotou, em relação ao Estado de direito, que, “no Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos”.⁵⁴

O Estado de direito iria se reger por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar. Tal Direito, “natural porque inerente à natureza do homem constitui a fronteira pela qual a atuação legítima não pode ultrapassar”⁵⁵. A Constituição iria garantir esse Direito superior e nada, ainda que viesse do mais alto escalão, poderia contrariá-la.

estruturassem também de modo vertical e as autoridades de cada área gozassem de certa autoridade legal sobre os membros das demais. Cf. BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações**, *op. cit.*, p.69-70.

⁵² Conforme CANOTILHO, “a imbricação destes dois momentos fractais – o da afirmação de direitos naturais individuais e da artificialização-contratualização da ordem política – explica uma outra característica do constitucionalismo revolucionário – o construtivismo político-constitucional. A arquitetura política precisava de um plano escrito, de uma constituição que, simultaneamente, garantisse direitos e conformasse o poder político. Em suma: tornava-se indispensável uma constituição”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p.58. (Redação original).

⁵³ “O controle de constitucionalidade nasceu sob o teto de uma constituição que não o previa expressamente. Surgiu na prática jurisprudencial norte-americana. Assevera o autor citando o caso Marbury x Madison que na Corte Norte Americana, em 1803, deu-se início ao controle de constitucionalidade”. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Simplificação do controle de constitucionalidade**. Disponível em: <[http:// www.srbarros.com.br](http://www.srbarros.com.br)>. Acesso em: 20 jun. 2007.

⁵⁴ Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, *op. cit.*, p.61.

⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**, *op. cit.*, p.3-4. Atente-se que isto refere-se aos franceses, ideologia dos burgueses franceses.

Como se anotou, “a lei como sentimento de justo naquilo que a comunidade pensa, expressão da vontade geral e não de um legislador”. O Estado estaria impedido de ir contra aqueles direitos recém conquistados, porque eram antes de tudo “irredutíveis, imprescritíveis, inalienáveis e anteriores a toda sociedade e a todo poder”. Para os liberais, além de limitar a liberdade individual fixando seus limites, a lei também “limitaria a atuação dos órgãos estatais”⁵⁶.

Além do princípio da *justicialidade*⁵⁷ acima exposto, a liberdade foi o que se buscou no primeiro momento das revoluções liberais. Por isso, a regra seria a liberdade e a exceção seria a restrição. Assim o indivíduo poderia fazer tudo o que a lei não proibisse. No campo da atuação política, somente do poder legislativo poderia advir a lei no Estado de direito. A separação de poderes impunha tal regra. E tal poder era *indelegável*.

Os princípios que surgiram com o próprio Estado de direito⁵⁸, desenvolveram-se com o objetivo de afastar o absolutismo do Rei, resguardando os direitos conquistados. Visaram a efetivação de referidos

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**, *op.cit.*, p. 5-6.

⁵⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**, *op. cit.*, p.30

⁵⁸ Os três princípios que nortearam o Estado de Direito foram o da *legalidade*, o da *igualdade* e o da *justicialidade*. Este último, segundo Ferreira Filho, “é um princípio muito importante do Estado de Direito, pelo qual este deve ter seu poder-liberdade mensurável, conformando as normas de cunho geral editadas pelo Estado. Essa *justicialidade* deve aferir a legalidade das normas sob o crivo da justiça, sendo que o juiz ao dizer o direito, declara se ocorre ou não aquela hipótese legal prevista na norma, aferindo se a lei atende à exigência de justiça, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que desiguam – *princípio da igualdade* formal. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**, *op. cit.*, p.30. O princípio da *igualdade* deveria estar presente na elaboração das leis. Consta no art. 6º da Declaração de 1789: “a lei é a expressão da vontade geral... todos têm igualmente acesso a todas as dignidades”. Tal igualdade, os liberais buscaram *primeiro* perante o próprio Direito – substituindo os privilégios adquiridos em razão do nascimento ou do exercício de certas funções religiosas – e, *segundo*, pela uniformidade de tratamento perante a Lei, pela generalidade da Lei. O princípio da *legalidade* consubstancia no fato de substituir o Rei pela Lei, definitivamente. Ferreira Filho, citando Montesquieu menciona que “liberdade é o direito de fazer tudo o que a lei não proíbe, pois fazer o contrário, aquilo que a lei proíbe, todos ter-lhe-iam o mesmo direito, daí não existiria liberdade propriamente dita”. E John Locke:

direitos, no sentido literal do termo, o que até nos dias atuais vem sendo a grande busca dos operadores do direito.

Dessa forma, as constituições contemporâneas continuaram a declarar os direitos do homem em face do Estado, o qual passou a ser regido por um Direito, protegido pela lei.

Ocorre que **a constituição e o Estado de direito** vêm sofrendo inúmeras degradações, perdendo sua essência e sua identidade. Enfim, vem se transformando na expressão cunhada por Carré de Malberg: num mero Estado Legal⁵⁹.

Sérgio Resende de Barros anotou que “hoje reina absoluta no direito a idéia de que todos estão submetidos à lei”. Mas essa idéia, “exatamente pela força que adquiriu sobre todo o direito, conduziu ao extremo de reduzir o direito à lei e, cada vez mais valorizada, a idéia-força invadiu sem dificuldade o discurso político”.⁶⁰

O Estado de direito assume, pois, essa idéia-força, essa “força ideológica que envolve para justificar, pelo simples legalismo, os mais vários regimes políticos, desde os abertamente autoritários até os disfarçadamente democráticos, inclusive o Brasil”.⁶¹

É função do operador do direito buscar reverter esse quadro de governo onde se aplica a *mera legalidade*⁶², ou seja, o direito é aplicado apenas e tão

“liberdade é seguir a lei e não a um outro homem e fazer aquilo que a lei não proíbe”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *idem*, p. 5-6.

⁵⁹ Cf. MALBERG, Raymond Carré de. Contribution, à la théorie générale de l'État. Paris, Srey, 1920, t. 1, p. 490, *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 39.

⁶⁰ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Estado de direito e estado de legalidade**, *op. cit.*, p. 1-2.

⁶¹ Cf. BARROS, Sérgio Resende de, *ibidem*.

⁶² Expressão cunhada por Sérgio Resende de Barros.

somente “como determina a lei” e, por vezes, não se afere quaisquer outros princípios como o da moral e da própria justiça social.

O Estado de direito, não obstante o aludido, ao vencer o Estado absoluto, inseriu em seu corpo Constitucional os *direitos e garantias individuais* como um dos mecanismos de efetivação desse Estado submetido ao império do Direito.

1.4 DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Nessa visão histórica dos direitos humanos, após a Inglaterra ter iniciado as cartas de oposição aos reis ainda no século XI, culminando na maior delas, a Magna Carta, em 1215 – portanto já no século XIII – o mundo ocidental declarava o início da oposição de direitos ao governo, precedendo o que, no século XVIII, ocorreu no continente por meio das revoluções liberais: *as declarações de direito integrantes do documento formal que se intitulou Constituição.*

Direitos e garantias individuais são, pois, o resultado da luta histórica de oposição de direitos ao Estado. São os direitos e as prerrogativas do indivíduo perante o poder estatal, em face do Estado. São frutos da relação institucional entre o indivíduo – pólo inferior – e o Estado – pólo superior – na proteção daquele em vista deste.⁶³

⁶³ A conceituação de direitos e garantias individuais sugere, assim como o conceito de direitos humanos, inúmeras ressalvas e diversas aberturas para demais temas relacionados ao

A doutrina, em sua grande parte, distingue *direitos fundamentais de direitos humanos*, estes e aqueles de *direitos individuais*, e um e outro de *direitos do homem*⁶⁴. Não obstante as opiniões acerca dessa dicotomia, não convém, para este estudo, pormenorizar-se em relação a essas discussões terminológicas, uma vez que, na essência – leia-se histórica – não há que se falar em distinção ao se referir ao caráter *humano*, o qual todos esses conceitos prevêem: a proteção do indivíduo em face do Estado.

Os direitos humanos “são poderes deveres que ao mesmo tempo são deveres de todos os indivíduos entre si, para a sua mútua e própria preservação, ante as necessidades que os acometem no processo de sua evolução.”⁶⁵ Nessa *evolução*, os valores surgidos durante o processo histórico da humanidade “*enformaram* esses deveres como poderes e esses poderes como deveres, de todos para com cada um e de cada um para com todos, a fim de realizar a humanidade que lhes é comum”⁶⁶, *conformando* a própria humanidade.

assunto, tornando-o de difícil conceituação. Nesse sentido BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, *op. cit.*, p. 17.

⁶⁴ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tirag. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 125. O autor menciona essa diferenciação, a qual, em síntese, diz que “a expressão direitos humanos, ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem (...) supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana (...). Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado”. Vide ainda CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 393, o qual assevera que “as expressões direitos do homem e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos; direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico – institucionalmente garantidos e limitados espaço – temporalmente”. No mesmo sentido, SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31-33.

⁶⁵ Cf. BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**, *op. cit.*, p. 447.

⁶⁶ Cf. BARROS, Sérgio Resende, *ibidem*.

Gilmar Ferreira Mendes anotou que os direitos humanos assumiram sua posição garantidora da sociedade, quando “se inverteu a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconheceu que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro deveres e, depois, direitos”.⁶⁷

Os franceses apresentaram como lema da revolução liberal burguesa a *liberdade, igualdade e a fraternidade*. A partir de referido lema, com função didática, se teorizou⁶⁸ três gerações de direito.

Nessa “primeira geração”, buscou-se a resistência⁶⁹ do indivíduo ante o próprio Estado e, estão inseridos nessa geração os direitos civis e os políticos visando tal liberdade o afastamento do Estado, ou melhor, a não interferência deste no campo econômico em ascensão.

A segunda “geração de direitos” inicia-se com a busca do Estado Social, visando, portanto, superar essas crises oriundas do capitalismo selvagem. O primeiro documento constitucional que os autores dizem ser a nova ordem, em busca desse novo modo de Estado, é a Constituição de Weimar, na Alemanha, de agosto de 1919. É uma Constituição intervencionista, pois não trata apenas da ordem política, mas também da ordem econômica e social, visando a interferência Estatal em busca da diminuição das desigualdades.

⁶⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; *et. al.*, **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**, *op. cit.*, p. 107.

⁶⁸ Aqui colocado no singular, pois o idealizador dessa teorização foi Karel Vasák, o qual em 1979, proferindo aula inaugural no Curso do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, na França, utilizou referida expressão, buscando demonstrar a evolução dos direitos humanos com base no lema da revolução francesa *liberdade, igualdade e fraternidade*. Apesar de ser uma forma didática, tal expressão obteve grande repercussão e, em muitos países, apesar das várias críticas, até hoje é muito utilizada; nos dizeres de Sérgio Resende de Barros, tornou-se *um modismo*. Cf. BARROS, Sérgio Resende de. Idéias extraídas das aulas proferidas no curso de mestrado em direito da faculdade de direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, primeiro semestre de 2006.

⁶⁹ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, *op. cit.*, p. 517.

Contudo, dois anos antes, a Constituição do México⁷⁰, de 05 de fevereiro de 1917, também cuidou da ordem econômica e social tanto quanto a de Weimar, tratando substancialmente dos direitos sindicais dos trabalhadores, ou seja, direitos de toda uma categoria a ser protegida pelo Estado por Lei Fundamental.

Dessa forma, surge, inicialmente como segunda “geração de direitos”, essa intervenção do Estado no campo econômico e social, positivando na Constituição mecanismos para que se efetive a igualdade lançada pelos burgueses. Mas igualdade material. *A priori*, os mais protegidos foram os trabalhadores. Em seguida, outras categorias de indivíduos foram sendo alcançadas por essa intervenção social-econômica do Estado, como as mulheres, os menores, os idosos e outros. Hoje, além dos categoriais, encontram-se em grande número, os direitos difusos, que também são protegidos pela intervenção do Estado.

A idéia de “terceira geração”, por sua vez, está ligada ao coletivo internacional, de cunho supranacional, onde solidariamente, todos os povos devem buscar o bem comum para salvaguardar a própria humanidade, sob pena de se auto destruir. Dessa forma, consubstancia no direito de todos os povos na salvaguarda de todos.

O tema “gerações de direito”⁷¹ há de ser estudado com a devida cautela que lhe convém. A história dos direitos humanos não pode ser tolhida por

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, *op. cit.*, p. 46 , contesta que essa Constituição do México, de 1917, tenha tratado da ordem econômico-social, dizendo que, na verdade, tratou de *direitos trabalhistas* e não propriamente do direito do trabalho.

⁷¹ Além de *gerações de direitos*, encontram-se, ainda, *dimensões de direitos*. Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2007, p. 499.

hierarquizações situadas apenas em tempo e espaço determinados, equacionados, individualizados.

A cautela se faz necessária para que não se descaracterizem os direitos humanos tornando-os simples “normas de direito” a serem seguidas. Não obstante, há quem defenda, inclusive, o surgimento de uma “quarta”⁷², “quinta e outras gerações”, surgidas com a globalização, com os avanços tecnológicos e com as descobertas da genética⁷³⁻⁷⁴, o que, pelo exposto anteriormente demonstram-se incabíveis.

Seja para didatizar o estudo, seja para fundamentá-lo, a história dos direitos humanos é salutar e indispensável para a real compreensão do que *foi e vem a ser* a conquista de direitos do homem frente ao Estado.

Assim como foi necessário aos burgueses do século XVIII, após conquistarem o direito de liberdade, vê-lo **garantido** por meio da formalização da **Constituição** escrita, também deve o estudo do *habeas* ser fundamentado na história dos direitos humanos, em particular, na luta do cidadão brasileiro ante o Estado autoritário, sob pena de desvincular não só o seu surgimento como também sua necessidade em que surgiu.

Nesse ínterim, há de se ressaltar o momento que o ordenamento jurídico brasileiro vivenciou com a instauração do regime militar, em 1964, quando dos

⁷² Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, *op. cit.*, p. 25.

⁷³ Cf. HOESCHL, Hugo César. **O Conflito e os Direitos da Vida Digital**. Disponível em <<http://www.mct.gov.br/legis/consultoriajuridica/artigos/vidadigital.htm>>, acesso em 10.6.2006.

⁷⁴ Lúcia de Toledo Piza Peluso defende essa idéia da existência da “4ª geração de direitos humanos, vinculados ao progresso da ciência e ao desenvolvimento tecnológico como reação à ameaça ao existir do homem em sociedade. Os direitos humanos hoje impõem reflexão. A alteração conceitual, a universalização da questão, a internacionalização política e jurídica de sua proteção e o fortalecimento da consciência ética universal, estão a exigir novos compromissos que atuem sobre os desequilíbrios econômicos, a desagregação social, as ameaças ao patrimônio genético da espécie humana e ao futuro da humanidade”. Cf. PELUSO, Lúcia de Toledo Piza. **A revolução biológica e os direitos humanos**. 2001. 1 vol. Dissertação de Mestrado em direito. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2001, p. 152-157.

cidadãos foram retirados e a eles negados direitos fundamentais já declarados em nossas Constituições. Entre estes, o **direito à informação de dados pessoais** perante os arquivos do Estado, fazendo nascer⁷⁵ a própria **proteção constitucional** para além do direito à informação propriamente dita, ou seja, como verdadeira **ação constitucional**, do *writ habeas data*.

Antes disso, porém, é necessária a exposição dos instrumentos que o indivíduo possui na defesa de seus direitos frente ao Estado. São as chamadas ações constitucionais, ou *writs* constitucionais.

⁷⁵ Norberto Bobbio anotou que “os direitos humanos nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite

CAPÍTULO II - INSTRUMENTOS CONSTITUCIONAIS PARA A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

O estudo dos direitos humanos é sempre voltado para a proteção do indivíduo frente ao Estado.⁷⁶ Nisto a doutrina não se divide, uma vez que foi essa a necessidade em que se declarou o indivíduo na própria sociedade, ou seja, para a garantia de seus direitos diante do poder estatal.⁷⁷

Na busca da efetiva proteção dos direitos constitucionalmente declarados, foram criados diversos institutos processuais visando dar instrumentalidade à proteção dos direitos individuais.

Ressalve-se que o estudo do capítulo anterior demonstrou a necessidade de o indivíduo em se declarar perante o Estado absoluto que reinou até o final do século XVIII, forjando a própria história dos direitos humanos, dando início à positivação nas Constituições liberais clássicas de referidos instrumentos de proteção dos direitos individuais, continuando a sê-los declarados até as Constituições atuais.

Dessa forma, além da previsão constitucional de diversos direitos fundamentais, as Constituições de modo geral, prevêm institutos e meios processuais pelos quais os indivíduos possam, de fato, efetivarem referidos direitos.

novos remédios para as suas indigências". Cf. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**, *op. cit.*, p.5.

⁷⁶ Com isso não se quer aqui excluir os direitos difusos hodiernamente buscado, onde o indivíduo possui direitos e deveres para com todos na proteção da própria sociedade.

A doutrina ora os classifica⁷⁸ como ações constitucionais, ora como garantias instrumentais ou mesmo remédios jurídicos.⁷⁹ Assim, sem a intenção de esgotá-las irá se apresentar algumas das classificações doutrinárias para a elucidação do tema.

Vicente Greco Filho classifica os direitos e garantias em três espécies, a saber: *direitos materiais*, *garantias formais* e *garantias instrumentais*. Por materiais entende-se aqueles direitos que são outorgados diretamente pelo texto constitucional, os quais definem também seu conteúdo.

As garantias formais são as normas que asseguram a ordem jurídica e distribui os demais direitos previstos na Constituição, sem definir o conteúdo do direito. Por último, as garantias instrumentais ou processuais são aquelas normas destinadas a assegurar e efetivar os direitos materiais.⁸⁰

Estas últimas são as que permeiam o presente trabalho, uma vez que se consubstanciam na “provocação da atividade judicial.”⁸¹ Nas palavras de João Antunes dos Santos Neto, “as garantias instrumentais são ao mesmo tempo meios de defender direitos específicos, mobilizando o sistema institucionalizado

⁷⁷ Como exposto no item 1.4 deste estudo.

⁷⁸ Kildare Gonçalves Carvalho lembra que “as classificações dos direitos fundamentais decorrem de vários critérios” e, em citação de José Carlos Vieira de Andrade – **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987, p. 191-194 – menciona a ressalva também realizada por aquele autor que “são suscetíveis de inúmeras classificações, quanto à titularidade e aos sujeitos, conteúdo ou objeto, estrutura, modo de proteção, força jurídica e, em geral, quanto ao regime”. Cf. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**, *op. cit.*, p. 372.

⁷⁹ Ferreira Filho anotou que a “a expressão *remédio de Direito Constitucional* parece não ser das mais felizes, por ser risível a metáfora que encerra. Entretanto, é ela consagrada para a defesa das *liberdades públicas* ou direitos fundamentais do homem”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 30. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.311-312.

⁸⁰ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**, *op. cit.*, p. 40.

⁸¹ Cf. GRECO FILHO, Vicente, *ibidem*.

para a sua proteção; servem para invocar a garantia institucional em prol das garantias-limite, instrumentos para a proteção dos direitos fundamentais”.⁸²

No Brasil integram esse grupo o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular⁸³, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e o *habeas data*.

Concluindo suas palavras, Greco Filho destacou que “difícil é, às vezes, distinguir-se o direito das garantias, e, dentro destas, as que sejam um direito em si mesmas e as que são instrumentos para sua efetivação.”⁸⁴

Canotilho, por sua vez, menciona que uma das classificações mais importantes sob o ponto de vista jurídico-formal é a que se refere aos *direitos, liberdades e garantias*, asseverando que não se trata apenas de “mero esquema classificatório”, mas é pertinente sob vários pontos de vista:

1º) pressupõe *um regime jurídico-constitucional especial* e materialmente caracterizador desta espécie de direitos fundamentais; 2º) porque essa classificação é útil aos demais *direitos análogos* estampados ao longo da constituição e 3º) porque os preceitos *constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias* atribui uma *força vinculante* e uma *densidade aplicativa* – aplicabilidade directa – que apontam *para um esforço da – mais valia – normativa* destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição.”⁸⁵

⁸² Cf. SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos fundamentais no direito administrativo**. 2006. 1 v. Tese de Doutorado em direito. Universidade de São Paulo – USP, 2006, p. 217.

⁸³ Ferreira Filho atenta-se ao fato de que “a ação popular e o direito de petição tutelam primeiramente o interesse coletivo e secundariamente o individual. Numa certa medida são direitos de cunho político. Manifestam o interesse de cada um em ver o interesse geral bem administrado, ao passo que os demais institutos tutelam primeiramente o interesse individual”. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, *op. cit.*, p. 312.

⁸⁴ *Idem*, p. 41.

⁸⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 398. (Grifo do autor; redação original).

Ferreira Filho, por seu turno, anotou que “o direito comparado revela ser vários os sistemas de proteção voltados essencialmente para manter o Poder Executivo, e especialmente os seus agentes, no caminho de respeito aos direitos fundamentais”⁸⁶ e classifica-os como sendo “o sistema judicial, o administrativo e o ombudsman, do qual se aproxima (este último) a *procuratura* soviética”.⁸⁷

No primeiro sistema, o *judicial*, encontra-se o sistema inglês (com seus *writs*), o direito brasileiro (*habeas corpus*, *mandado de segurança*, *mandado de segurança coletivo*, *habeas data* e o *mandado de injunção*) e, por fim, o sistema mexicano que apregoa o *amparo*.⁸⁸

O segundo sistema, o *administrativo*, compõe-se basicamente do direito francês, o *contencioso administrativo*⁸⁹; e o terceiro sistema, o *ombudsman*, instituto originário da Suécia, criado em 1809 e estendido para outros países

⁸⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, *op. cit.*, p.86.

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *ibidem*.

⁸⁸ O *amparo* está previsto no artigo 103, I da Constituição do México de 1917. “Serve, entre outras finalidades, para proteger o indivíduo contra atos de autoridade que violem as garantias individuais. É outro dos antecedentes do mandado de segurança”. Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, *op. cit.*, p. 87. Othon Sidou, por seu turno, anotou que: “consagra o amparo contextura monista, isto é, com função tutelar de todos os direitos coletivos. Foi na constituição yucateca de 1840 que se fez consagrar um meio controlador e conservador do regime legal, denominando-o amparo e dispondo-o como atribuição do Poder judicante. O Professor Hector Fix Zamudio aponta uma quadriologia estrutural no instituto asteca, integrada por aspectos autônomos, a saber: a primeira função do amparo relaciona-se com a defesa dos direitos fundamentais, abrangendo não só os direitos subjetivos públicos como também os demais, que direta ou indiretamente, com eles estejam relacionados. A segunda função relaciona-se com o controle jurisdicional da constitucionalidade, no paladino da procedência hierárquica das leis. A terceira função vincula-se estritamente ao recurso de cassação e se ergue em tutela da legalidade das decisões judiciais; é chamado pela doutrina de amparo judicial e criticado como sendo a corrupção de referido instituto. A quarta função reserva-se ao amparo administrativo, e é o que guarda mais fundo parentesco com a mais buscada finalidade do mandado de segurança, destinada a corrigir os atos da administração”. Cf. SIDOU, J. M Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 18-19, notas de rodapé.

⁸⁹ O sistema francês do *contencioso administrativo* será objeto do próximo subitem deste capítulo.

como Noruega, Finlândia, Alemanha, Dinamarca, França, Grã-Bretanha, Portugal e outros Estados.⁹⁰

Othon Sidou, no entanto, classifica as garantias dos direitos *coletivos* em *ativas e passivas*. Assim, as garantias constitucionais são as regras de “autolimitação do Estado na conservação dos direitos coletivos”. No tocante aos remédios constitucionais, anotou que “são *garantias ativas* as que instituem o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular e os recém-criados *habeas data* e mandado de injunção, além do direito de representação e petição”.⁹¹

Em classificação denominada de *garantias ativas no quadro universal*, o mesmo autor menciona que “o *habeas corpus* é consagrado em todos os países latino-americanos, com exceção do México, cuja Carta, mercê do *amparo* que adota, em nada se omite e muito menos se apouca.”

Retrata que o *amparo* mexicano foi inserido em diversos países da América Latina, a saber: Bolívia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguai, Venezuela, Peru e, em comparação com o instituto brasileiro de mandado de segurança, também se inclui o Brasil.⁹²

As classificações acima mencionadas, não obstante as terminologias adotadas caminham para o mesmo sentido, qual seja o de haver a proteção do indivíduo por meio de ações e verdadeiros instrumentos disponibilizados às

⁹⁰ Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, *op. cit.*, p. 89-90. O autor expõe que “de modo geral trata-se de um órgão de controle ou fiscalização da atividade estatal, atribuído a um ou mais indivíduos, com amplos poderes de investigação e de recomendação. Não cabe corrigir desvios ou violações de direitos, mas sim reclamar do poder competente que o faça. Há muita dúvida sobre o alcance desse instituto na defesa dos direitos fundamentais”.

⁹¹ Cf. SIDOU, J. M Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos, *op. cit.*, p.11 e ss.

⁹² *Idem*, p. 17.

peças quando sentirem-se violadas em seus direitos fundamentais estampados na Constituição.

Referidas garantias constitucionais ou *jurídicas*⁹³ são incorporadas aos ordenamentos jurídicos para a efetiva proteção do indivíduo perante o poder estatal e, sob o *ângulo subjetivo*, “correspondem aos meios processuais de proteção dos direitos, vale dizer, às ações – e respectivos procedimentos – dedutíveis perante o Poder Judiciário”.⁹⁴

O *habeas data* é um desses institutos que possui caráter instrumental, pelo qual o indivíduo lançará mão de referido *writ* quando se sentir lesado em relação a seus dados pessoais, constantes em registros públicos ou entidade de caráter público como se verá no capítulo a seguir.

Antes de adentrar no estudo do *habeas data* propriamente dito, irá se apresentar alguns institutos de defesa individual existentes no direito comparado, com o intuito de situar o leitor na existência de outros *writs* além daqueles conhecidos pelo ordenamento brasileiro.

⁹³ Classificação dada por Luís Roberto Barroso, em sua obra **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 121.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**, *ibidem*.

2.2 FRANÇA

A França, como já exposto, possui em sua história, a luta pelas liberdades almeçadas pelos liberais do final do século XVIII, tendo como apogeu a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1789.

Entre outros, esse é o motivo, nos dizeres de Othon Sidou, da **omissão** em relação à preservação de forma **ativa** dos direitos. Assim, anotou-se que os “direitos coletivos promanam dessa declaração nacional de 1789, resumida no preâmbulo de todos os estatutos desde então editados, e se erigem em regra supraconstitucional”. Dessa forma, aduz o autor, “seria supérfluo decliná-los, porque basta evocá-los”⁹⁵, ao passo que, em outros países, houve necessidade da declaração constitucional de institutos voltados para a prática da **defesa** dos direitos individuais, como exposto no quadro acima.

Nesse particular, a França adota o sistema de dualidade de jurisdição relativamente ao controle dos atos da Administração, é o chamado *contencioso administrativo*.⁹⁶ “Na raiz desse sistema está uma visão radical da separação dos Poderes. Exclui ela a possibilidade de interferência de um Poder – o Judiciário – na atuação de outro Poder, o Executivo”⁹⁷⁻⁹⁸ ao passo que, para os países que adotam a unidade de jurisdição, o Poder Judiciário atua com exclusividade em todos os litígios que envolvem a Administração e o indivíduo,

⁹⁵ Cf. SIDOU, J. M. Othon, **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos, *op. cit.*, p.26-27.

⁹⁶ Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**, *op. cit.*, p.42.

⁹⁷ Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, *op. cit.*, p. 88.

como é o caso do Brasil, ao julgar os remédios jurídicos existentes em nossa Constituição.

Hodiernamente, os principais órgãos da Justiça Administrativa na França são: o Conselho de Estado e os Tribunais Administrativos.

O **Conselho de Estado** “é vinculado ao Poder Executivo e atua em campos outros – preparação de projetos de lei e regulamentos, além de exercer o referido contencioso administrativo. É ele quem julga os litígios entre o indivíduo e o Estado. É juiz, mas juiz administrativo, não juiz *judiciário* como dizem os franceses”.⁹⁹ Celso Agrícola Barbi assevera que, “no decorrer da evolução do sistema, o chefe de Estado seguia sempre o parecer do Conselho, apesar de não estar obrigado a tanto, o que levou ao sistema da chamada *justice retenue*”.¹⁰⁰

Assim, na seqüência do processo evolutivo, a decisão do Conselho deixou de ser mero parecer, sendo então, ao final, o que foi previsto legislativamente em 24.5.1872, passando, assim, ao denominado princípio da *justice deleguée*, que vigora até hoje. Atualmente, o Conselho de Estado é regido pela Ordenação de 31.7.1945, tendo função consultiva e contenciosa.¹⁰¹

Por sua vez, os **Tribunais Administrativos** são oriundos da transformação dos Conselhos de Prefeituras, com base no Decreto de 30.9.1953. Tanto o Conselho de Estado como os Tribunais Administrativos têm funções consultivas e contenciosas.¹⁰²

⁹⁸ Nesse mesmo sentido, vide BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.3-4.

⁹⁹ Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *ibidem*.

¹⁰⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**, *op. cit.*, p.4.

¹⁰¹ BARBI, Celso Agrícola, *ibidem*.

¹⁰² Cf. REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**, *op. cit.*, p. 22. O autor menciona que, “para se determinar a competência da Justiça Administrativa, atualmente, verifica-se se o ato da Administração tem ou não por objetivo assegurar o

No que se refere à defesa do indivíduo em face do *Conselho de Estado*, há o *recurso por excesso de poder* e o *recurso de plena jurisdição*.¹⁰³

A largos passos, o recurso por excesso de poder, assegura Milton Flaks, é aquele destinado a anular o ato Administrativo viciado por *incompetência*, por falta de *formalidade essencial e violação* ou *desvio de poder*, “não protegendo direito subjetivo do autor, mas um simples interesse, embora pessoal e direto”¹⁰⁴, enquanto o recurso de plena jurisdição “objetiva reparar direito subjetivo lesado. A sentença pode não só anular o ato, como condenar a Administração a indenizar o autor pelo prejuízo sofrido”.¹⁰⁵

Por derradeiro, Ferreira Filho assinala que a principal diferença do sistema praticado na França e os demais sistemas – assim considerados judiciais – é que aquele se vincula ao órgão do Executivo e não ao Judiciário, “com a conseqüência de que os integrantes do Conselho não são magistrados”.¹⁰⁶

funcionamento de um serviço público; em relação aos organismos privados, desde que os atos em causa se refiram ao exercício de um serviço público e que o órgão privado exerça uma prerrogativa do Poder Público”. Cf. AUBY, Jean-Marie; *et al.* Droit public: droit constitutionnel; libertés publiques; droit administrative. 11. ed. Paris: Sirey, 1993, p. 306, *apud* REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**, *ibidem*.

¹⁰³ O recurso por excesso de poder “é um instrumento importante e eficaz do controle jurisdicional da Administração, podendo ser definido como um recurso tendente à anulação de um ato administrativo. Trata-se de recurso objetivo que se dirige não contra uma pessoa, mas contra um ato; portanto, não é somente um instrumento de defesa dos cidadãos contra a Administração, mas também das coletividades territoriais e dos estabelecimentos públicos contra o Estado”. Cf. BRAIBANT, Guy; *et al.*, Le droit administratif français. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997, p.526, *apud* REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁴ FLAKS, Milton. **Mandado de segurança: pressupostos da impetração**. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.20. Assevera o autor que “o interesse específico, para a legitimação ativa, e a desnecessidade de ocorrer lesão patrimonial, constituem os traços distintivos principais da nossa ação popular”.

¹⁰⁵ FLAKS, Milton. **Mandado de segurança: pressupostos da impetração**, *ibidem*.

¹⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**, *op. cit.*, p. 89.

Conclui-se, do breve exposto, que no ordenamento francês não se verifica a existência de quaisquer *writs* vinculando semelhanças com o instituto brasileiro do *habeas data*.

2.3 INGLATERRA

O costume reconhecido pelos tribunais através da regra do precedente caracteriza a principal instância normativa para o sistema inglês, o do *common law*, no qual prevalece a técnica indutiva sobre a dedutiva, adotando o rigor do *case law*, ou seja, o direito deduzido do caso concreto.

Assim, também é “conhecido por ‘judge made law’, isto é, um direito de formação judicial, visto que são os juízes que o vão formando através da obediência aos precedentes”¹⁰⁷, e como técnica de aplicação do *common law*, formou-se o instituto do *stare decisis*, surgido espontaneamente no direito inglês e se derivando de seu próprio espírito indutivo e pragmático.¹⁰⁸

No mesmo sentido, Sérgio Resende de Barros afirma que “*stare decisis* é nativo e próprio de um direito de índole jurisprudencial, como o inglês e o norte-americano. *Stare decisis et non quieta movere* significa que o juiz deve

¹⁰⁷ ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**, *op. cit.*, p. 75-76.

¹⁰⁸ ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**, *op. cit.*, p. 77.

estar *com as coisas decididas e não mover as quietas*. O que está pacífico não deve ser movido”.¹⁰⁹

Os *writs* protetores das garantias individuais, segundo Themístocles Brandão Cavalcanti, sem dúvida, são procedentes do direito anglo-saxão, originando-se na Inglaterra não só o *habeas corpus*, como também o *mandamus*, o *injunction* e o *certiorari*.¹¹⁰⁻¹¹¹

Esse *mandamus*, na visão de Francisco Antonio de Oliveira, “é uma ordem peremptória, emitida por um Tribunal Real (*King’s or Queen’s Bench Division of the High Court*), determinando a um órgão ou a uma pessoa que faça o que é seu dever fazer”. Tal determinação por meio da discricção do tribunal, dar-se-á por “meio suplementar de uma justiça substancial em todos os casos em que não haja outro remédio específico para um direito subjetivo. O *mandamus* não prevalece contra a Coroa”.¹¹²

A *injunction* “pode ser impetrada contra uma autoridade pública, por qualquer indivíduo que prove a iminência de considerável prejuízo como resultado de ato supostamente ilegal da dita autoridade”.¹¹³

¹⁰⁹BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no controle de constitucionalidade**. Destaques do autor. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br>>. Acesso em: 20 jun. 2007.

¹¹⁰CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do mandado de segurança. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p.7, *apud* REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**, *op. cit.*, p. 22

¹¹¹Francisco Antonio de Oliveira ressalta que, em que pese na sua grande maioria, os *writs* terem origem no sistema anglo-saxão, “é também nas Ordenações do Reino que vamos encontrar algumas figuras jurídicas que, quer em face da sua natureza, quer em face do seu objeto, apresentam muita semelhança, numa espécie de estreitamento familiar – na defesa dos direitos individuais –, como a apelação extrajudicial que muito se aproxima do atual mandado de segurança”. Cf. OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 17-18.

¹¹²OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência**, *op. cit.*, p. 18.

¹¹³OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Instrumentos brasileiros de defesa e participação dos administrados. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 677, p. 83.

Por sua vez, o *certiorari* “é expedido para remover um processo de um tribunal inferior para o *King’s or Queen’s Bench Division* da Corte Suprema”, sendo aplicável somente em relação a atos judiciais (na acepção mais ampla da expressão), podendo ser usado “antes que um julgamento esteja terminado, a fim de evitar um excesso de jurisdição, ou depois do julgamento, para anular um mandado que foi expedido sem jurisdição ou contra os princípios da justiça natural”.¹¹⁴

Francisco Antonio de Oliveira, no que se refere ao direito comparado dos *writs*, assevera que outros institutos jurídicos ingleses, além do *writ of mandamus*, *writ of injunction* e do *certiorari*, tiveram sensível influência no instituto do mandado de segurança brasileiro, entre os quais a *prohibition* e o *quo warranto*.¹¹⁵

A *prohibition* “é uma ordem emitida por um tribunal superior (*King’s or Queen’s Bench Division*) principalmente para evitar que tribunais inferiores excedam sua competência ou ajam contra as regras da justiça natural” e, visando manter a hierarquia, pode “ser expedida contra qualquer tipo de tribunal inferior, até mesmo eclesiástico ou militar, não podendo, entretanto, ser usada contra entidade privada e nem contra atos puramente legislativos ou executivos”.¹¹⁶

¹¹⁴ OLIVEIRA, Francisco Antonio de, *ibidem*.

¹¹⁵ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência**, *op. cit.*, p.18

¹¹⁶ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência**, *op. cit.*, p.19.

O *quo warranto* é usado “para impedir uma pessoa de exercer uma função ou ocupar um cargo público para o qual não esteja devidamente habilitada ou no qual não esteja devidamente investida”.¹¹⁷

Dessa breve exposição entre *writs* e demais *institutos* ingleses utilizados na defesa do indivíduo perante ao Estado na garantia dos direitos individuais – especificamente – nota-se que, em termos de comparação direta são encontrados o *habeas corpus* e alguns outros *writs* que se assemelham em alguns pontos com o mandado de segurança brasileiro, como visto acima.

Contudo, verifica-se a inexistência de qualquer precedente em termos de *defesa ativa* do instituto do *habeas data* previsto no artigo 5º, inciso LXXII da Constituição do Brasil, o que explicita a criação *sui generis*, brasileira.

2.4 ESTADOS UNIDOS

O direito norte-americano também se utiliza do *common law*¹¹⁸, como forte tendência, entretanto, à codificação¹¹⁹, diferentemente do que ocorre no sistema inglês.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Francisco Antonio de, *ibidem*.

¹¹⁸ ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**, *op. cit.*, p. 75. O autor expõe às mesmas páginas que, “evidentemente existem diferenças, às vezes marcantes, entre os direitos de um mesmo grupo ou família: assim, são bem acentuadas as diferenças entre o direito da Inglaterra e o dos Estados Unidos”.

¹¹⁹ Conforme já exposto, a Inglaterra ainda hoje não tem uma Constituição escrita, codificada, como a maioria dos Estados contemporâneos. v. capítulo I, subitem 1.3.

O precedente, ressalta Lincoln Magalhães da Rocha, “ao contrário do que possa parecer à primeira vista, é uma forte limitação ao arbítrio do juiz, só sendo lícito ao juiz fugir a ele diante de novas e persuasivas razões, entre as quais se incluem as de *ordem pública*”.¹²⁰

Devido à colonização, bem como a aproximação cultural, diversos *writs* são encontrados no direito norte-americano, originários do direito inglês e, inclusive, com a mesma terminologia utilizada neste direito. Referidos *writs* são destinados a controlar os atos ilegais e abusivos do Poder Público, com algumas diferenças no tocante às destinações e aos procedimentos adotados na Inglaterra e nos Estados Unidos.¹²¹

A Constituição norte-americana não conhece do *habeas data*, mas os “direitos patrimoniais individuais são amplamente tutelados, através de remédios eficazes e diversos, dentre outros, o *writ of mandamus* e o *writ of injunction*”.¹²²

O *writ of mandamus* é utilizado para obrigar um funcionário, pessoa jurídica ou Corte inferior à prática de ato de seu ofício quando o servidor não está dotado de poder discricionário. É, pois, uma ordem para fazer, podendo ser alternativo, quando a ordem é expedida no início da lide para que o funcionário pratique o ato ou esclareça por que não o pratica, ou *peremptório*, quando expedido após audiência do servidor, para praticar o ato sem qualquer

¹²⁰ ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**, *Ibidem*. (Destaque do autor).

¹²¹ REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**, *op. cit.*, p.29.

¹²² FERREIRA PINTO. **Comentários à Constituição brasileira**. V.1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 203.

alternativa, não sendo admissível contra o Presidente da República e só excepcionalmente é admissível contra Secretário de Estado.¹²³

Consoante Milton Flaks, o *writ of mandamus* “limita-se a compelir o funcionário a praticar ato de seu ofício, excluídos o Presidente da República e Secretários de estado. É uma ordem à pessoa e não à autoridade.” Por essa razão, assevera o autor, “se o titular deixa o cargo novo *writ* deverá ser expedido, ressalvadas algumas exceções”.¹²⁴

O *mandamus* “é adotado na maioria dos estados e é considerado um processo, uma ação, um procedimento e um remédio civil”.¹²⁵ É de caráter residual porque, de acordo com a jurisprudência americana, a existência de outro remédio rápido e adequado exclui a possibilidade de utilização deste, devendo o autor exaurir os instrumentos alternativos antes de a ele recorrer.¹²⁶

O *writ of injuction*, por outro lado, é uma ordem para não fazer, tendo por finalidade proibir um ato que possa causar dano irreparável ao direito do autor, adotando a forma positiva (*mandatory*) ou negativa (*prohibitory*) e podendo ser utilizado contra a administração ou entre particulares.¹²⁷

Francisco Antonio de Oliveira ressalta que este *writ* tem “por finalidade proibir entidade pública ou privada de praticar ato lesivo de direito líquido e certo do particular ou da Administração Pública”.¹²⁸

¹²³ FERREIRA PINTO. **Teoria e prática do mandado de segurança**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 144.

¹²⁴ FLAKS, Milton. **Mandado de segurança: pressupostos da impetração**, *op. cit.*, p. 18-19.

¹²⁵ ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**, *op. cit.*, p. 125.

¹²⁶ ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**, *op. cit.*, p. 125-126.

¹²⁷ FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do mandado de segurança**, *op. cit.*, p.145.

¹²⁸ OLIVEIRA Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência**, *op. cit.*, p. 21.

O Poder Judiciário, nos Estado Unidos, fez largo uso da *injunction* e do *mandamus*, tanto na justiça federal como na justiça estadual. Entre os casos de sua aplicação em relação às questões administrativas, destacam-se as seguintes, referidas por autores norte-americanos e citadas por Alfredo Buzaid:

a) para prevenir a prática ou continuação do mau uso da propriedade e da posse ou da turbação da tranqüilidade; b) relativamente à poluição de rios; c) em controvérsias do direito do trabalho e do direito sindical; d) para afastar dano decorrente da aplicação de lei inconstitucional, caso em que a *injunction* é decretada contra funcionário a quem compete aplicá-la; e) direitos autorais, patentes de invenção e marca registrada; f) preservação de propriedade, pendente o litígio; g) matéria tributária.¹²⁹

A *prohibition*, outro *writ* norte-americano de origem inglesa, “tem por finalidade impedir que as Cortes inferiores julguem sem jurisdição, sendo expedido tanto contra os tribunais inferiores como contra o demandante, para que não prossigam na demanda”.¹³⁰ Milton Flaks assevera que, “embora cabível, raramente é usada contra órgãos da administração”.¹³¹

O *quo warranto*, por outro lado, “é a providência ou medida com a qual o governo começa a ação destinada à reivindicação em cargo de quem o ocupa ilegalmente”.¹³² Em regra, “não se destina a resguardar direito privado, mas a proteger a coletividade contra a usurpação de cargos ou privilégios, provocando o exame do direito a um título ou ao exercício de uma função”.¹³³

¹²⁹ BUZOID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44.

¹³⁰ FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do mandado de segurança**, *op. cit.*, p.145.

¹³¹ FLAKS, Milton. **Mandado de segurança: pressupostos da impetração**, *op. cit.*, p. 19.

¹³² FERREIRA, Pinto. **Teoria e prática do mandado de segurança**, *op. cit.*, p. 145.

¹³³ FLAKS, Milton. **Mandado de segurança: pressupostos da impetração**, *op. cit.*, p. 19.

O *writ of certiorari*, por seu turno, possibilita aos tribunais verificarem “se os atos administrativos são conformes à lei, se há correta interpretação da lei e se o funcionário é competente para praticar o ato que é impugnado, sendo expedido para um tribunal inferior, para que o Tribunal Superior possa revisar a causa.”¹³⁴

É uma “espécie de avocação, muito usada pelos tribunais superiores da justiça estadual americana para rever atos da Administração Pública de natureza ‘quase judicial’, e, mesmo, atos que estejam *sub judice* ou já julgados por tribunais ou juízos inferiores”.¹³⁵

Os *writs* apresentados demonstram que também não se verifica no sistema norte-americano *writ* que se assemelhe com o *habeas data* previsto no Brasil.

¹³⁴ FERREIRA PINTO, *ibidem*.

¹³⁵ OLIVEIRA Francisco Antonio de. **Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência**, *op. cit.*, p. 20.

CAPÍTULO III – O *HABEAS DATA*

3.1. ORIGEM E TERMINOLOGIA

3.1.1. O MOMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Assim como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, tem-se o *habeas data* como instituto genericamente brasileiro, ao menos nestes termos e como *remédio constitucional* previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

O *habeas data*, criado na Constituição de 1988, é considerado uma resposta ao período ditatorial, quando perseguições e atos de opressão foram entre outros tipos de barbárie, a marca registrada da ditadura militar. Controlar a manifestação de pensamento dos cidadãos era uma das estratégias utilizadas pelo regime militar de 1964 para realizar o controle do que ocorria e deixava de ocorrer no país.

Dessa forma, por meio do poder militar, realizava-se coleta de dados referentes aos cidadãos que ofereciam, na visão dos militares, *ameaça* ao governo imposto e, na maioria das vezes era realizada de forma inquisitorial e ilegal e, por óbvio, sem qualquer direito ao cidadão de se defender ou retificar tais informações lançadas nos arquivos do governo.

Com o final do regime ditatorial, muitos indivíduos encontravam-se “fichados” nos órgãos públicos sem ao menos saber, até então, qual o teor de tais dados, se feriam ou não sua dignidade ou se eram simplesmente prejudiciais à honra e à imagem de cada um.

Essas são as razões próximas por muitos defendidas para que, nos estudos da *Assembléia Constituinte*, se inserisse o que veio a ser na Constituição de 1988 o chamado ***habeas data***. Entre os autores que assim o dizem, está José Cretella Júnior, ao mencionar que “o Serviço Nacional de Informações (SNI) é, na verdade, 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*”.¹³⁶

No mesmo sentido, Luiz Roberto Barroso¹³⁷ anotou que “logo cedo a idéia de um serviço de inteligência voltada, elevadamente para a segurança do Estado esvaiu-se em tropicalismos diversos”.

José Carlos Barboza Moreira¹³⁸, por seu turno, inscreveu que “informações aleatoriamente colhidas, em fontes de discutível idoneidade e por meios escusos, não raro manipuladas sem escrúpulos, ou mesmo fabricadas pela paranóia de órgãos repressivos, viram-se incorporadas a registros oficiais ou paraoficiais”. Não obstante, a intenção não era simplesmente manter esses dados como segurança nacional, mas “passaram a fornecer critérios de avaliação para a imposição de medidas punitivas ou discriminatórias”.¹³⁹

Invadindo cada vez mais a esfera da liberdade dos indivíduos, o Estado passa a coletar não só dados pessoais, de certa ordem útil à administração pública, mas principalmente dados envolvendo o pensamento das pessoas, suas crenças, ideologias, ultrapassando, pois, a barreira da administração

¹³⁶CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**: Arts. 5º, LXVIII a LXXVII, a 17º. V. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 770.

¹³⁷BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267.

¹³⁸MOREIRA, José Carlos Barbosa. O habeas data brasileiro e sua lei regulamentadora. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 211, Rio de Janeiro, jan/mar 1998, p. 35.

¹³⁹MOREIRA, José Carlos Barbosa, *ibidem*.

pública para interferir intimamente na vida dos indivíduos. O *habeas data* veio como “resultado da necessidade que modernamente apresentou de proteção do indivíduo contra o poder, de armazenarem informações sobre as pessoas, e com base nelas operarem em detrimento da privacidade e da liberdade dos indivíduos”.¹⁴⁰

O caráter de direito fundamental à proteção do indivíduo perante o Estado é notório. Todavia, outro elemento deve ser destacado quando da criação do *habeas data* no Brasil: o caráter eminentemente político.

Esse elemento político, como linha atrás exposto, consubstancia na aversão dos cidadãos ao Serviço Nacional de Informações (SNI). Como anotado, “não se pode esquecer que o *habeas data* foi concebido na Constituição de 1988 como um instrumento essencialmente político. Os membros da Assembléia Nacional Constituinte tinham em mente, sobretudo, os registros do antigo ‘SNI’ durante o regime militar”.¹⁴¹ Realmente, “a insurgência contra os órgãos de informação parece que gerara o *habeas data*”.¹⁴²

Além do momento político vivenciado pelo Brasil quando da criação do *habeas data*, destaque-se que para grande parte da doutrina nacional¹⁴³, o grande idealizador foi José Afonso da Silva. Assim “o *habeas data* brasileiro

¹⁴⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de, **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p.136.

¹⁴¹ WALD, Arnaldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. O *habeas data* na Lei 9.507/97. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, nº 137, Brasília, jan/mar 1998, p.303 e ss.

¹⁴² TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 47.

¹⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandando de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e o controle incidental de normas no direito brasileiro**. 30. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 269 e ss.; FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998; GARCIA, Maria. *Habeas data: o direito à informação, o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas - um perfil constitucional*. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.153 e ss.

nasceu a partir de proposta apresentada pelo constitucionalista José Afonso da Silva à Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos)”.¹⁴⁴

Mais enfático em seus termos, Diomar Ackel¹⁴⁵ menciona que coube àquele autor “sugerir na Comissão convocada pelo Presidente Tancredo Neves para elaborar um estudo preliminar da Constituição, a concepção do novo instituto”.

José Afonso da Silva, por sua vez, retrata que, pela constatação, nas Constituições de Portugal e Espanha, dos dispositivos controladores do uso de informática é que surgiu a propositura perante a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos) um Anteprojeto de Constituição, cujo art. 17 reconhecia o direito nos termos seguintes:

1. Toda pessoa tem direito de acesso aos informes a seu respeito registrados por entidades públicas ou particulares, podendo exigir a retificação de dados, e a sua atualização. 2. É vedado o acesso de terceiros a esse registro. 3. Os informes não poderão ser utilizados para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se tratar do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. Lei federal definirá quem pode manter registros informáticos, os respectivos fins e conteúdo.¹⁴⁶

Referido autor menciona, ainda, que no artigo 31 desse anteprojeto era instituído o *remédio constitucional* específico, nos seguintes termos:

¹⁴⁴Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Habeas data: algumas notas de leitura. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.75.

¹⁴⁵ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35.

¹⁴⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p.452.

Conceder-se-á *habeas data* para proteger o direito à intimidade contra abusos de registros informáticos públicos e privados.¹⁴⁷

O Anteprojeto da Comissão – afirma o autor – “acolheu a declaração do direito em seu art. 17 com aperfeiçoamentos e o remédio no art. 48: ‘Dar-se-á *habeas data* ao legítimo interessado para assegurar os direitos tutelados no art. 17’ ”. E conclui sua crítica anotando que, após, esse anteprojeto seguiu-se “para o debate constituinte, andando o direito e sua garantia específica em dispositivos separados até que no Projeto da Comissão de Sistematização fosse aprovado num único dispositivo”, ou seja, “reconhecia-se o direito mediante sua garantia específica (art. 6º, § 52). Daí sofreu modificações para pior até o texto do atual art. 5º, LXXII da Constituição Federal”.¹⁴⁸

Assim, na Constituição de 1988 surge, ao lado das ações constitucionais já existentes, a saber, *habeas corpus*, mandado de segurança e ação popular, mais um *remédio constitucional* que visa salvaguardar os direitos fundamentais no Brasil, o *habeas data*, prescrito no artigo 5º, inciso LXXII.

Desde seu início, o instituto do *habeas data* sofreu diversas críticas acerca de sua utilidade e necessidade, especialmente porque já existia no ordenamento jurídico brasileiro o *writ* do mandado de segurança, o qual era utilizado para a proteção dos direitos individuais quando não se fazia por *habeas corpus*, conforme será retratado no presente estudo.

¹⁴⁷SILVA, José Afonso da, *ibidem*.

3.1.2. TERMINOLOGIA

A origem do termo *habeas data* é, por muitos, vinculada ao instituto do *habeas corpus*, vislumbrando-se, em visão ampla, o mesmo sentido empregado neste segundo *writ* (tenhas o corpo) como *habeas data* (tenhas os dados). Esse paralelismo é pertinente e torna-se útil não só para buscar suas raízes históricas, mas também para se analisar a natureza do novel instituto, haja vista que não se trata apenas de previsão legal sobre direito a informações e retificações de dados pessoais, mas releva o caráter específico de ação constitucional, da mesma forma que *habeas corpus* não se trata apenas de direito de locomoção, de ir e vir, e sim, no mesmo sentido, de ação constitucional.

Luiz Alberto David Araújo¹⁴⁹, citando Ekmekdjian e Pizzos, afirma que o nome *habeas data* “foi formado pela utilização de parcela de expressão designadora do antigo instituto do *habeas corpus*, e do vocábulo ‘*data*’, substitutivo do plural – no latim e no inglês – da palavra *dado*”.

A mesma co-relação é exposta por José Cretella Júnior, o qual relata que, “analogicamente ao *habeas corpus*, a expressão *habeas data* é formada do vocábulo *habeas*, já analisado quando se tratou do *habeas corpus*, e de *data*, acusativo neutro plural de *datum*, da mesma raiz que o verbo latino *do*, *das dedi*, *datum*, *dare* = dar, oferecer, presentear”. E reportando-se ao Livro III

¹⁴⁸ SILVA, José Afonso da, *ibidem*.

¹⁴⁹ Cf. ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed., rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 174.

das *Elegias* de Propércio, menciona que a origem de “*Datum*, singular de *data*, é empregado na Elegia 15, verso 6: ‘nullis capta Lycina datis’ e por Ovídio, nas *Metamorfoses*, Livro VI, verso 363, ambos com o sentido de ‘presentes’, ‘donativos’, ‘ofertas’, e não com o sentido de ‘dados’. Em inglês, *datum*, plural *data*, por *facts*, ‘things certainly known’, ‘no or available’.¹⁵⁰ Ou seja, demonstra que, em português, o termo *data* foi traduzido simplesmente por “dados”, comum, inclusive, na linguagem da informática, em que se lê *processamento de dados*.

Nesse sentido utilizado no meio informático, *dados* indica relação de informações, sejam pessoais, sejam representativas numéricas ou de outro tipo como gráficos, desenhos industriais, ou seja, *dados* como banco de informações, arquivo no qual se encontram registros que podem ser consultados quando necessário, ou ainda utilizados para muitos outros fins, como estatísticos, metodológicos, governamentais e assim por diante.

Esse autor conclui assinalando que o *habeas data*, em comparação ao instituto do *habeas corpus*, significa “toma os dados que estão em seu poder e entrega-os ao interessado”, ou ainda, “fornece ao interessado impetrante, mediante certidão, todos os dados ou documentos que se encontram em teu poder para que possa ele defender seus direitos, em juízo”.¹⁵¹

A expressão *habeas data* também é exposta como correlata à “*habeas scriptum* e *habeas mentem*” segundo Firmín Morales Prats, citado por José Afonso da Silva. Contudo, esta última é empregada especificamente como “expressão jurídica da intimidade”, enquanto *habeas scriptum* e o próprio

¹⁵⁰ Cf. CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988...** *op. cit.*, p.766.

¹⁵¹ Cf. CRETELLA JUNIOR, José, *ibidem*.

habeas data referem-se, ambos, ao direito de controlar a circulação das anotações (dados) pessoais.¹⁵² E, fazendo uma comparação entre nossa Constituição e a de Portugal e Espanha, expõe o mesmo autor que estas duas últimas dispõem sobre o “controle do uso da informática”, bem assim sobre o direito de “conhecer o que constar de registros informáticos a seu respeito”, sem contudo possuírem meio específico de “invocar a jurisdição para fazer valer esses direitos reconhecidos” no corpo da Constituição. Em contrapartida, a Constituição do Brasil de 1988 “não traz um dispositivo autônomo que contemple o direito de conhecer e de retificar dados pessoais”. Usou o mesmo processo das Constituições anteriores, reconhecendo a liberdade de locomoção pela previsão de sua garantia.¹⁵³

Ou seja, o direito de conhecimento dos dados pessoais que são contemplados no corpo das Constituições de Portugal e Espanha é diferente daquele previsto no Brasil, no próprio *remédio constitucional* esculpido no artigo 5º, inciso LXXII, o *habeas data*.

Parafraseando o autor Firmín Morales Prats acima referido, Maurício Antônio Ribeiro Lopes anotou que o termo *habeas data* utilizado no Brasil “é empregado não exatamente no mesmo sentido que se encontra em alguns autores, como Firmín Morales Prats, mas num sentido correlato”. Esse autor identifica *habeas data* com liberdade de informática, daí, falar-se em “vulneração de *habeas data*”. E acrescenta que, além dessa “vulneração”, ocorreriam ainda, ações delitivas que destroem o pressuposto do instituto, qual seja, o conhecimento das informações pessoais contidas em banco de dados. “*Habeas data*, nesse caso, significa direito de intimidade contra usos indevidos

¹⁵² Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, *op. cit.*, p.451-452.

de registros informáticos, e assim faculdades do *habeas data* compõem-se de vários direitos específicos que integram o regime de proteção da privacidade em face desses registros”.¹⁵⁴

Deve-se observar, no entanto, que *habeas mentem*, *habeas scriptum* e *habeas data* são institutos diferentes entre si e é necessária tal diferenciação para se compreender a co-relação existente entre eles. Dessa forma, a expressão *habeas mentem* é empregada no sentido de “liberdades genéricas da pessoa, enquanto *habeas scriptum*, ser-lhe-ia a própria proteção do direito positivo”.¹⁵⁵

Assim, no campo das liberdades públicas, encontra-se o *habeas scriptum*, que é a previsão do direito ao acesso. Já o *habeas data* diferencia-se no sentido de ser especificamente uma ação que o constituinte colocou à disposição do interessado para conhecer seus dados a fim de se for o caso, retificá-los ou justificá-los, sendo este último acrescentado pela Lei 9507/97.

Como se sabe, *habeas corpus* pode ser traduzido pelo significado de “tenhas o corpo” e, correlatando-o com *habeas data*, ter-se-ia “tenhas os dados”. Essa singela comparação¹⁵⁶ demonstra a co-relação entre os temas acima mencionados, constatando-se que, em sua terminologia, *habeas corpus* e *habeas data* têm ligação estrita na utilização de seus termos.

¹⁵³ Cf. SILVA, José Afonso da, *ibidem*.

¹⁵⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. _____, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O *habeas data* no direito brasileiro - Retrospectiva crítica da doutrina e da jurisprudência. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.251 ss.

¹⁵⁵ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Habeas data*: algumas notas de leitura. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. O *habeas data* e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/97. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1998, p.94.

Para Carvalho Kildare¹⁵⁷, “a locução *habeas data* compõe-se de *habeas*, segunda pessoa no subjuntivo de *habeo* (...) *Habere* significa aqui ‘tenhas em tua posse’, que é uma das acepções do verbo e *data* é acusativo plural de *datum*”.

Por fim, em termos terminológicos, Elcia Ferreira da Costa anotou que “o constituinte traduziu barbaramente, literalmente ‘dados, informes’, por ‘*data*’, em vez de utilizar expressões mais adequadas como ‘lata’, ‘delata’, isto é, ‘elementos trazidos, delatados’, ou mesmo ‘*Habeas nota*’, (particípio passado neutro de *noscere*) isto é, ‘toma os elementos que são conhecidos’ ”.¹⁵⁸

3.1.3. ORIGEM DO WRIT

No que se refere à origem do instituto do *habeas data* propriamente dito – lembrando o Brasil como pioneiro, conforme mencionado linhas atrás, além do período de ditadura vivenciado pelo Brasil, atribui-se a inspiração para a criação do instituto em apreço às Constituições de Portugal e Espanha, além de outros institutos Norte Americanos, que seriam a origem remota do *habeas data*.¹⁵⁹

Na Constituição de Portugal, encontra-se elencado no artigo 35, I, a regra de “utilização da informática”:

¹⁵⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 102.

¹⁵⁸ Cf. COSTA, Elcias Ferreira. **Comentários breves à Constituição federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989, p. 50.

¹⁵⁹ Trata-se dos institutos *Freedom of Information on Act* de 1974, e do *Freedom of Information Reform Act* de 1978, que será brevemente exposto no capítulo III do presente estudo.

Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento dos dados constantes de ficheiros ou registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam, podendo exigir a sua rectificação e actualização, sem prejuízo do disposto na lei sobre segredo de Estado e segredo de justiça.¹⁶⁰

Já a Constituição da Espanha, por sua vez, o artigo 18, IV, estabelece que:

Art. 18-

(...)

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.¹⁶¹

Nota-se, da análise entre a Constituição da Espanha, de Portugal – especialmente esta – e a do Brasil, que existe na verdade grande assimetria em relação à proteção dos dados pessoais constantes em registos públicos, inclusive nos termos empregados no *writ* de *habeas data* brasileiro.

Dessa forma, as Constituições da Espanha e de Portugal podem, de fato, ter influenciado na criação do *writ* brasileiro. Entretanto, há de se verificar que “nenhuma dessas duas criou um meio específico de conhecer e de retificar dados pessoais”,¹⁶² cuidando tão somente do controle do uso e conhecimento de dados informáticos, mas sem mencionar o *writ* em estudo.¹⁶³

Pertinentes são as considerações de Maurício Antonio Ribeiro Lopes ao mencionar que “pareceu indispensável instituir um *remédio constitucional*

¹⁶⁰ BOMFIM, B. Calheiros. (Org.). **Constituição da República Portuguesa**. Rio de Janeiro: Destaque, 1999. (Redação original).

¹⁶¹ Disponível em <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm>, acesso em 14.05.2007. “A lei limitará o uso da informática para garantir a honra, a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos”. Traduzi.

¹⁶² Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, *op. cit.*, p.452.

expedido, semelhantemente ao *habeas corpus* e ao mandado de segurança, para fazê-lo valer eficazmente. E aqui entra o *habeas data*.¹⁶⁴ No mesmo sentido, anotou-se também que “desde há muito se percebeu que a nossa contemplação constitucional de direitos, desacompanhada de instrumentos jurisdicionais adequados a tutelar-lhes o exercício, revela-se ao final, ineficaz, com todas as seqüelas da descrença na valia do direito e da perda do respeito pela própria Constituição”.¹⁶⁵

Portanto, a própria história do Brasil fez surgir a necessidade da instituição de um *remédio constitucional* consubstanciado no *habeas data*. Ou seja, além da proteção material constitucional prevista *no artigo 5º, inciso XXXIII* da atual Constituição Federal, **faltava o meio específico**, a ação pela qual fosse colocada na prática a defesa de referido direito fundamental à esfera pessoal do impetrante.

Em termos de pioneirismo do *habeas data*, como já mencionado, tem-se que o Brasil foi o país que inaugurou tal instituto, em se tratando de ação constitucional, pois outros Estados já possuíam a proteção constitucional do direito à informação mas não havia previsão constitucional específica como o *habeas data* é no Brasil. A partir daí, pode-se dizer que “o *habeas data* é criação indígena, propriamente nossa. Não tem similar específico no direito comparado, onde se podem vislumbrar *remédios* genéricos que tutelam essa seara” e, ainda que haja previsões “genéricas” que cuidam de proteger os

¹⁶³ Esses fatos ser-lhe-ão estudados no capítulo terceiro.

¹⁶⁴ Cf. LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. _____, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O *habeas data* no direito brasileiro - Retrospectiva crítica da doutrina e da jurisprudência. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 247.

¹⁶⁵ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. rev. atual. 2. vol. São Paulo: Saraiva, 2004, p.389.

direitos vinculados à informação do indivíduo, tais previsões não configuram, como no Brasil, “*remédio* determinado, relacionado diretamente com a problemática do banco de dados diante do cidadão”.¹⁶⁶

Com a instituição do *habeas data* na Constituição de 1988, como exposto no item 2.1.1, o momento jurídico vivenciado pelo país nos anos da ditadura militar foi o principal fator da criação do *writ*. No entanto, é preciso notar que o próprio desenvolvimento tecnológico trouxe, não só ao Brasil, mas às sociedades como um todo, o problema da invasão da privacidade das pessoas, seja por meio de entidades de caráter privado, seja especialmente por meio de entidades públicas ou de caráter público.

Assim, esse “avanço tecnológico” nas “sociedades contemporâneas, mormente no campo da informática, com novos armazenamentos, manipulação e divulgação de dados relativos à pessoa, vem ocupando um crescente espaço nas meditações da doutrina constitucional, que busca melhores formas de proteção ao direito à privacidade”.¹⁶⁷ E, explicita o autor no sentido de que “qualquer intromissão” indevida na esfera privada do indivíduo, ou mesmo a restrição de acessar suas informações pessoais, afronta não só o direito à privacidade como também, “por via oblíqua, aquele inscrito no inc. III do art. 1º da Constituição Federal¹⁶⁸”.

Tais “intromissões” há tempos já eram vislumbradas por alguns autores, mesmo porque, como se viu, o “direito à informação” veio muito antes do

¹⁶⁶ Cf. ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data***, *op. cit.*, p.139.

¹⁶⁷ Cf. NOJIRI, Sérgio. O *habeas data* e o direito à autodeterminação informativa. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.356-357.

¹⁶⁸ O inciso referido trata da *dignidade da pessoa humana*, conforme artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

surgimento do *writ* em estudo, em Constituições anteriores a de 1988 e leis esparsas. E no sentido de registrar a importância do tema em apreço, destaque-se que já em 1965, em um Congresso Norte Americano específico sobre invasão de privacidade, o Professor Beaney, citado por René Ariel Dotti,¹⁶⁹ afirmou que não era preciso ir muito longe ou abusar da inteligência para se concluir que, se a tendência crescente de ofender a “reserva do íntimo”, seja por organizações do governo ou mesmo privadas, “não fosse controlada, ‘em vinte ou trinta anos, ninguém se preocuparia em levantar questões sobre a intimidade’, já que ‘aceitaremos como um fato evidente que vivemos num aquário’, que não somos homens livres, mas peixes”.

Essas observações devem ser destacadas, para não atribuir ao *writ*, instituto esquizofrênico ou mesmo para não dizê-lo “instrumento desnecessário”.¹⁷⁰ É importante lembrar que, além daquele período de invasão sumária na intimidade das pessoas, pelo regime militar, a atual sociedade exige também a proteção contra outras violações nessa esfera, seja por meios físicos ou digitais, uma vez que tais *invasões* na esfera íntima vêm cada vez mais incomodando a vida de muitas pessoas no Brasil e no mundo. O maior exemplo acontecem por meio da rede mundial de computadores.

¹⁶⁹ DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do *habeas data*. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1998, p. 292.

¹⁷⁰ Celso Ribeiro Bastos assim anotou: “este *habeas data* é um grande engodo, fruto de uma esquizofrenia, que chamo de esquizofrenia constituinte”. Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e

3.1.4 NATUREZA JURÍDICA

Quanto à natureza jurídica do instituto do *habeas data*, José Afonso da Silva anotou que o instituto é um “*remédio constitucional* com natureza de ação civil protetora da esfera íntima das pessoas”¹⁷¹.

Contudo, a doutrina se divide quanto aos efeitos da sentença em ação de *habeas data*, alguns defendendo ser *declaratória*, quanto às hipóteses da alínea *a*, e *constitutiva*, quanto às hipóteses da alínea *b*¹⁷² e outros que defendem ser somente *constitutiva*¹⁷³.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXII, estabeleceu que o *habeas data* será concedido:

- 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;

garantias fundamentais. In: **A Constituição brasileira de 1988 e seus problemas**. São Paulo: LTR, 1997, p. 24.

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 12.

¹⁷² Entre eles Vicente Greco Filho. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175; Maurício Antônio Ribeiro Lopes e outra. O *habeas data* no direito brasileiro - Retrospectiva crítica da doutrina e da jurisprudência. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 246 e Alcino Pinto Falcão. **Comentários à Constituição**. Obra Coletiva. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. vol. II, esta última citada por Rogério Lauria Tucci. **Processo e procedimento da ação de habeas data**, *op. cit.*, p. 328, notas de rodapé.

¹⁷³ Cf. TUCCI, Rogério Lauria Tucci. **Processo e procedimento da ação de habeas data**, *op. cit.*, p. 331.

A primeira corrente entende que será de conteúdo *mandamental* quanto à hipótese *a* e de conteúdo constitutivo quanto à hipótese *b*, sendo que “no primeiro caso, o que se pleiteia é uma ordem do Poder Judiciário para que a entidade governamental ou de caráter público apresente as informações para conhecimento do impetrante” e acrescenta que “no segundo caso, o que se pleiteia é a retificação de dados, ou seja, a modificação do mundo jurídico, daí a natureza constitutiva do provimento”.¹⁷⁴

Representando a segunda linha de pensamento, Rogério Lauria Tucci combate a idéia de ser o *habeas data* ação *mandamental e constitutiva*, anotando, que não se pode haver a *distinção entre ação mandamental e constitutiva, como se aquela – que, na realidade, é constitutiva - pudesse inserir-se no contexto classificatório das ações de conhecimento*.¹⁷⁵

O autor explicitou-se, quanto à natureza jurídica do *habeas data*, no sentido de não se ter dúvidas que se trata de “ação – ação de *habeas data*”, assumindo a “natureza de ação civil de índole constitucional” e acrescenta, ainda, que, se trata de “ação civil de *conhecimento* a desenrolar-se num processo de conhecimento e, no âmbito da *ação civil de conhecimento*, assume, à evidência, o caráter de *ação constitutiva*, dado consubstanciar-se a objetivada prestação jurisdicional numa *sentença constitutiva*”¹⁷⁶

Dessa forma, constitutiva seria aquela sentença que, contendo, como as outras, uma declaração de certeza a respeito de determinada relação jurídica submetida à apreciação de órgão jurisdicional, “se vê acrescida de algo mais:

¹⁷⁴ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 175-176.

¹⁷⁵ Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimento da ação do *habeas data*. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 328, notas de rodapé.

¹⁷⁶ Cf. TUCCI, Rogério Laura. *Idem*, *op. cit.*, p. 330.

um *quid*, atinente à criação de *nova relação*, ou à *modificação* ou *extinção da existente*; vale dizer, à constituição ou *desconstituição de uma situação ou estado jurídico*".¹⁷⁷

A Lei nº 9.507/97 acrescentou ao texto constitucional, além da alínea "a" e "b", a possibilidade de o interessado fazer contestação ou explicação de dados verdadeiros, porém justificáveis, daquele assentamento pessoal constante do registro ou banco de dados de entidade governamental ou de caráter público.

Em relação à essa inovação contida na Lei nº 9.507/97, não se encontrou na doutrina menção específica neste sentido de delinear-se a natureza jurídica desta hipótese terceira.

Contudo, apoiando-se na linha de raciocínio de que *habeas data* possui natureza jurídica "constitutiva"¹⁷⁸, parece louvável que segue, pois, a hipótese "c", como sendo "constitutiva" em sua natureza jurídica, vez que, também haverá "modificação no mundo jurídico", em comparação à hipótese "b" comentada acima.

O *habeas data* também possui a peculiaridade da força coercitiva que, após seu julgamento, deve ser aplicada de plano, mesmo porque, por ser remédio jurídico constitucional, sua decisão torna-se um *mandado*.

Assim, para José Joaquim Calmon de Passos é ação *executiva*, anotando que "insistimos na natureza executiva do *mandando de injunção*. Nele não se pede certificação de direito, sim atuação do direito de conhecer

¹⁷⁷ Cf. TUCCI, Rogério Laura, *ibidem*.

¹⁷⁸ Defendida por TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimento da ação do *habeas data*. In: **Habeas data**, *ibidem*.

informações a respeito da própria pessoa”.¹⁷⁹⁻¹⁸⁰ O autor menciona ser o *writ* de natureza jurídica coercitiva, haja vista que o obrigado a prestar as informações está coercitivamente obrigado a fazê-lo, “sob pena de *prática de ilícito penalmente sancionado*”.¹⁸¹ E, continuando seu raciocínio, leia-se:

cabe aqui um esclarecimento, para não parecermos contraditórios. O *habeas data* é *remédio constitucional* bem próximo do mandado de segurança. Por ele se busca afastar a ilegalidade que deriva da recusa da prestação das informações de caráter pessoal, direito que não comporta contestação, em face de nossa Carta Magna. É ajuizado para que, coercitivamente, se imponha ao obrigado o adimplemento do seu dever de dar conhecimento das anotações existentes em seus registros ou bancos de dados. Prestadas as informações e tido por cumprida a obrigação do impetrado, nada mais há a fazer. Se prestadas as informações, mas consideradas insuficientes, como em processo de execução, pode o magistrado determinar diligências, proceder a verificações, etc., o que não é incompatível com o *mandamus*, visto como já estaríamos em fase de execução.¹⁸²⁻¹⁸³

¹⁷⁹ Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo**, *op. cit.*, p. 154-155. -destacou-se.

¹⁸⁰ Com o intuito de ilustrar, não obstante haver o referido autor escrito *mandado de injunção*, leia-se, *permissa venia, habeas data*, posto que o capítulo e todas as páginas precedentes são de estudo do instituto do *habeas data* e, por algum equívoco, constou-se em sua obra *mandado de injunção – somente esta frase* – quando deveria sê-lo *habeas data*, o que não prejudica o estudo apresentado pelo mesmo.

¹⁸¹ Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo**, *op. cit.*, p. 155.

¹⁸² PASSOS, José Joaquim Calmon de, *ibidem*.

¹⁸³ Analisando o exposto pelo autor supra referido, Antônio Isidoro Piacentin concluiu que a *ordem judicial emanada do juiz de prestar informação reveste-se de título executivo judicial, procedimento mais ou menos assemelhado à ação monitoria, segundo a qual a petição inicial, estando devidamente instruída, o juiz de plano expedirá o mandado de pagamento ou de entrega de coisa, no prazo legal (artigo 1102b, do Código de Processo Civil). Mas a execução comporta embargos, bem como a ação monitoria e, nesse caso, qual seria a garantia do juízo para a formação regular do processo de embargos? Data venia, em que pese ilustre jurista encontrar no habeas data uma força executória, não podemos concordar. Cf. PIACENTIN, Antônio Isidoro. **O habeas data: A utilidade do instituto para a proteção do direito à intimidade**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Piracicaba/SP, 1998, p. 78-79.*

Em relação ao procedimento que regula o *habeas data*, antes de adentrar-se na questão propriamente dita são pertinentes as ponderações de Rogério Lauria Tucci, ao explicar que o “processo se materializa no procedimento, ou seja, num conjunto de atos, realizados, sucessiva e coordenadamente, pelo órgão jurisdicional, seus auxiliares e demais pessoas dele integrantes”. O procedimento, portanto, “visa à definição de uma relação jurídico material tornada litigiosa”.¹⁸⁴

Após a breve exposição do que vem a ser procedimento em relação ao processo, anotou esse mesmo autor que em relação ao *habeas data* “como verificável, à simples leitura de seus dispositivos legais, dito procedimento mostra-se especial, vez que dotado de peculiaridades que o distinguem dos outros, disciplinados em nosso ordenamento jurídico”.¹⁸⁵

René Ariel Dotti delineou que “a natureza jurídica de ‘ação’ é declarada pela própria Constituição (Art. 5º, LXXII) e reafirmada pelo Art. 8º da Lei nº 9.507/97”¹⁸⁶, ao indicar como requisitos da petição inicial os previstos pelos Artigos 282 a 285 do Código de Processo Civil, que regulam o **procedimento ordinário**, embora o **rito estabelecido seja especial**.

Para José Cretella Júnior, a natureza jurídica do *habeas data* “é a de *ação cível especial*”, de **rito sumário**, havendo para o autor duas hipóteses: “a primeira, quando o postulante já conheça o conteúdo dos registros, caso em que solicita a retificação ou a complementação dos dados mediante provas

¹⁸⁴ Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimento da ação do *habeas data*. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p. 332.

¹⁸⁵ Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimento da ação do *habeas data*. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p. 343.

¹⁸⁶ Cf. DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do *habeas data*. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 304.

apresentadas; a segunda, quando o interessado nada sabe a respeito do que consta em sua ficha.”¹⁸⁷

André Ramos Tavares, seguindo a mesma doutrina de Rogério Lauria Tucci, anotou que em relação à natureza jurídica do *writ* em estudo, “trata-se de ação judicial de caráter civil, de **rito especial**, cuja finalidade é a obtenção de informações ou dados constantes de arquivos públicos”.¹⁸⁸

Essa parece ser, aliás, a melhor doutrina, qual seja a de que o rito processual do *habeas data* deve ser considerado **especial**, o qual nas palavras de Humberto Theodoro Junior¹⁸⁹, “este procedimento – o especial – configura rito próprio para o processamento de determinadas causas selecionadas pelo legislador no Livro IV do Código de Processo Civil e em leis extravagantes”.¹⁹⁰

Portanto, pela síntese apresentada do instituto do *habeas data*, conclui-se que referido *writ* possui **rito especial** e **natureza jurídica** controvertida não sendo a doutrina uníssona nessas matérias.

Dessa forma, para alguns será *mandamental* e *constitutiva* de acordo com a finalidade pela qual foi impetrado, se pela alínea “a” do artigo 5º de nossa atual Constituição tem-se a primeira hipótese, se pela alínea “b” do mesmo artigo ou pelo inciso III do artigo 7º da Lei nº 9.507/97 tem-se a segunda hipótese, qual seja, a de *natureza constitutiva*.

¹⁸⁷ Cf. CRETELLA JUNIOR. **Os writs na Constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, p. 122.

¹⁸⁸ Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 914.

¹⁸⁹ Também citado por Rogério Lauria Tucci. Processo e procedimento da ação do habeas data. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p. 344.

¹⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. I, p. 330.

Para outros, e esta parece ser a doutrina mais correta, a natureza jurídica do *habeas data* possui natureza *constitutiva*, em ambos os casos possíveis de impetração do *writ*.

3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS DO *HABEAS DATA*

3.2.1 – INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997¹⁹¹, regulamentou o instituto do *habeas data* após nove anos de sua criação constitucional e, ao delinear o procedimento específico para a impetração do *writ*, encerrou necessidade da utilização subsidiária do rito processual do mandado de segurança.

A analogia do instituto do *habeas data* em relação ao mandado de segurança ocorreu justamente pela demora da regulamentação por lei ordinária¹⁹² do instituto criado em 1988.

Assim, antes da regulamentação dada pela Lei nº 9.507/97, o *habeas data* seguia a mesma sorte do rito processual do mandado de segurança, ou seja, a Lei 1.533/51. Talvez seja por essa razão que, ao ser utilizado o procedimento específico do mandado de segurança por nove anos, muitos autores sequer visualizaram o avanço que poderia ocorrer com o novel instituto em se tratando da proteção aos dados pessoais dos indivíduos brasileiros.

A evidência do aludido e aproximando o novel instituto ao mandado de segurança, o artigo 24 da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, *lei instituidora de normas procedimentais para os processos que especifica perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal*, preceitua, no parágrafo único de referido artigo, que “no mandado de injunção e no *habeas data*, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”.

No mesmo sentido, o artigo 216 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça estabeleceu que “no mandado de injunção e no ‘*habeas data*’, serão observadas as normas da legislação de regência. Enquanto estas não forem promulgadas, observar-se-ão, no que couber, o Código de Processo Civil e a Lei nº 1.533, de 1951”; esta última menção se refere à alteração do rito do mandado de segurança.

Por seu turno, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de São Paulo prescreveu no artigo 536 que “ao *habeas data* aplicar-se-ão as normas relativas a esse instituto e, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil e da Lei nº 1.533, de 31.12.1951.”

Dessa forma, a regulamentação específica do *habeas data*, trazida pela Lei nº 9.507/97, revogou as disposições acima referidas no que se refere ao processamento do *mandamus* em estudo. Ou seja, após 13 de novembro de 1997 – data em que entrou em vigor referida lei – não foi mais necessária a analogia ao mandado de segurança quando do processamento do *writ*.

Além de o uso subsidiário da lei específica do mandado de segurança ter contribuído para a assimilação entre os dois *writs*, por vezes, a própria

¹⁹¹ Lei nº 9.507 publicada no Diário Oficial da União de 13 de novembro de 1997.

redação da lei regulamentadora do *habeas data*, Lei nº 9507/97, utilizou-se de texto análogo ao daquele outro instituto.

É o que se verifica da leitura dos artigos 8º e 9º que especificam os requisitos processuais e o procedimento de recebimento pela autoridade judicial, respectivamente, em comparação aos artigos 6º e 7º da lei que regulamentou a ação do mandado de segurança¹⁹³, os quais tratam da mesma matéria.

Superada a necessidade de equiparação do *habeas data* em relação do mandado de segurança, as próximas linhas desta pesquisa irá analisar de forma sistemática a Lei nº 9.507/97 a qual regulamentou o *writ* em estudo.

3.2.2 ANÁLISE PROCESSUAL DA LEI Nº 9.507/97.

A Lei nº 9.507/97, de 12 de novembro de 1997 regulou não só o rito processual do *habeas data* como também o direito ao acesso de informações pessoais em sede administrativa. Assim, está dividida em dois momentos: o **primeiro**, compreende a fase extrajudicial, a qual foi regulada pelos artigos 1º ao 4º, e o **segundo**, especifica o rito de *habeas data* propriamente dito, compreendendo os artigos 7º a 23º.

A análise que se passa a expor será realizada de forma que se visualize as duas fases acima mencionadas, a extrajudicial e a judicial, anotando-se os

¹⁹² TJSC, RT 701/129.

¹⁹³ Em relação à não equivalência do objeto do mandado de segurança e *habeas data*, vide TJSP, Apel. Civ. 171.314-1, rel. Mattos Faria, 15.12.1992.

conceitos e questões que a doutrina especializada ponderou em relação a esses dois procedimentos.

A leitura da Lei nº 9.507/97, contudo, não será de forma integral, uma vez que se presume inviável. Mas assim o será em relação aos preceitos normativos compreendidos entre os artigos 1º e 8º, correspondentes às duas fases acima mencionadas. A metodologia, portanto, é a de citar a lei de forma literal em seus dois momentos: o extrajudicial e o judicial.

Iniciando, pois, esse estudo, estabelece o parágrafo único do artigo primeiro, *in verbis*:

Art. 1º (Vetado.)¹⁹⁴

Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros o que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.

O conceito de *registro ou banco de dados de caráter público* foi, portanto, estabelecido por referido parágrafo único supra referido. Todavia, não foi suficientemente claro para delinear quais os pressupostos processuais de impetração do *habeas data*.

De plano são necessárias as seguintes indagações: o que é banco de dados? Respondida essa questão, o que é banco de dados de caráter público? O que significa uso privativo do órgão competente? Os órgãos privados podem

ser equiparados aos órgãos públicos? Qual a segurança que a sociedade terá em referidos órgãos?

Inicialmente, a expressão “banco de dados” é no mínimo obscura e pode trazer incertezas e ambigüidades em sua verificação.

A palavra “dado”, por si só, significa “elemento de informação, em forma apropriada para armazenamento, processamento ou transmissão por meios automáticos”.¹⁹⁵

Agora, a expressão **banco de dados** significa “conjunto de dados, organizado por categorias, de modo a facilitar a pesquisa, comparação e atualização das informações; base de dados”.¹⁹⁶ Ou ainda, “conjunto de dados inter-relacionados sobre determinado assunto, armazenados em sistemas de processamento de dados segundo critérios preestabelecidos; base de dados”.¹⁹⁷

A primeira dúvida conceitual que se pode vislumbrar em relação à expressão legal “banco de dados” é o que vem a ser exatamente esse *conjunto de dados*.

Ora se a finalidade, segundo exposto, consubstancia em **facilitar a pesquisa, comparação e atualização das informações** qualquer documento que um terceiro puder tomar conhecimento será banco de dados? Uma ata de reuniões poderia ser considerada como “banco de dados”?

¹⁹⁴ Rogério Lauria Tucci anotou que “é inaceitável uma atecnia como essa, qual seja a da existência de parágrafo único, sem que haja um *caput*”. Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimento da ação do habeas data. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p.323-324.

¹⁹⁵ Cf. MICHAELIS: **moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998, p. 633.

¹⁹⁶ Idem, p. 293.

¹⁹⁷ Cf. HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 393.

No que tange à essa hipótese, não é difícil vislumbrar, de fato, que alguém mal intencionado possa realizar *pesquisa e comparação* entre atas de reuniões, seja para fins estatísticos, seja para outros fins não legais.¹⁹⁸

Além do referido, uma simples agenda de visitas de determinado departamento ou setor público poderia ser assim considerado como eventual “banco de dados”? Consubstanciaria no direito de *habeas data*?

A resposta a essa questão dependerá de *quais e como* os dados anotados em referida agenda prejudicaria um particular¹⁹⁹, residindo aqui um

¹⁹⁸ Parece difícil o judiciário acatar o pedido de *habeas data* quando se tratar o pedido de retificação ou mesmo conhecimento de “uma ata de reunião”, mas não deve ser encarado como impossível, veja-se: o indivíduo quando em atividade de suas funções (privadas, nesse caso), comparece em reunião presidida pela alta cúpula de um determinado governo. Apresenta seus trabalhos em concorrência de licitação; ou é um professor universitário que apresenta seu projeto social a ser implantado em favor de determinada classe; ou ainda, é um antropólogo com seus ideais na busca de melhorias à população. Após as discussões, encerra-se a reunião e todos assinam a ata desses trabalhos. Passado algum tempo esses participantes, ou um deles, são barrados na última fase antes de sê-los empossados em determinado cargo público. Motivo: não correspondem com os auspícios do cargo; vida social incompatível com a função ou outra coisa que o valha. Isso ainda ocorre muito em se tratando do ingresso do indivíduo junto ao setor de segurança pública. É notório que a vida pregressa interfere – e muito – na última fase de referidos concursos: investigação social. Reprovados, portanto, ao procurarem os reais motivos da dita “incompatibilidade com o cargo”, são surpreendidos por algum outro funcionário que em nada lhes respondem, exceto respostas evasivas e genéricas. Contudo, a única possibilidade que vêem, é aquela reunião onde discutiram com o alto escalão do governo e provaram ser melhores que muitos outros que lá se encontravam. Então, quais os termos que ata foi redigida? O que contém naquele documento – e se é que contém algo incriminador – que possivelmente impediu o ingresso ao setor público? É base de dados? Quantos podem ter acesso a referido documento? Poderia a administração pública alegar uso exclusivo? E os estagiários – hoje em larga escala – que tiveram acesso a referido arquivo, não o tornou “de caráter público”? A jurisprudência se divide nessa questão. Em sentido contrário ao que será exposto, TJMG, RT 710/125 e STJ, ROHD 61, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 28.10.1991. A favor da possibilidade de impetração para esse fim, TRF, 1ª Reg., RHD 110.534, rel. Catão Alves, 25.9.1995. Em sentido análogo, tem-se ainda, TRF, 5º Reg. HD 500001, rel. Orlando Rebouças, 13.3.1991 deferido a ordem para conhecimento de informações referentes à ficha de avaliação de desempenho para fins de progressão funcional do impetrante. Vide ainda TRF 5ª Reg., Apel. Civ. 545511, rel. Nereu Santos, 29.8.1996 e TRF 5ª Reg. Remessa *ex officio* 536230, rel. Manoel Erhardt, 23.8.1994.

¹⁹⁹ Novamente reportando-se à realidade, é o caso daquele indivíduo que comparece junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, em agendamento de perícia onde pleiteia afastamento de suas atividades profissionais por motivos patológicos. Após algum tempo sua Carteira Nacional de Habilitação – CNH é apreendida por *recomendação expressa da autarquia previdenciária*, acatada pela autoridade policial competente. Ao procurar os motivos da indicação de referida apreensão junto à autarquia previdenciária, negaram-lhe as informações. Motivo da apreensão de sua Carteira Nacional de Habilitação: constava em registro perante aquela autarquia que, na data de sua perícia médica para constatação de patologias *lombo sacra*, “parecia desorientado e possuía distúrbios psicológicos”. Ocorre que

dos maiores problemas que se vislumbra, qual seja, a real dificuldade de motivação do pedido que ensejaria o *writ*.

Dessa forma são de difícil constatação os reais motivos que o indivíduo teria para ter acesso aos documentos que supostamente contém informações pessoais e que denigrem sua honra, imagem e dignidade perante a sociedade. O elemento subjetivo é de difícil comprovação e será mais bem exposto no subitem da legitimação ativa.

Expostas algumas considerações acerca de banco de dados, cabe analisar o que vem a ser “banco de dados de caráter público”.

Antonio Carlos Segatto anotou que “nesse aspecto, o legislador inspirou-se na doutrina que, ao longo desses últimos anos, já havia conferido às expressões “caráter público” e “entidades governamentais”, previstas no texto constitucional, o seu real alcance e significado.”²⁰⁰

José Afonso da Silva, por seu turno, esclarece que *entidades governamentais* é uma expressão que abrange não só os órgãos públicos da administração direta, mas também da administração indireta.²⁰¹

Nesse sentido, o Departamento de Polícia Federal, o antigo Serviço Nacional de Informações, a Caixa Econômica Federal²⁰² são exemplos práticos

esse indivíduo nunca teve problemas psíquicos, quaisquer que fossem e, encontrava-se “desorientado” na data da perícia por conta das fortes dores em sua lombar e pela longa espera de cinco horas na fila de atendimento daquela autarquia. Ora, como aceitar essas anotações de ordem pessoal que interferiram tanto em sua vida cotidiana quando sequer foram realizados exames psíquicos? Veja-se. Consta em seu agendamento, consta nos **registros** da previdência social, consta no **banco de dados** da previdência. São informações que devem ser retificadas, uma vez que inverídicas e equivocadas.

²⁰⁰ Cf. SEGATO, Antonio Carlos. **O instituto do habeas data**: aspectos constitucionais e seus reflexos na legislação ordinária, *op. cit.*, p. 166.

²⁰¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, *op. cit.*, p.433.

²⁰² **HABEAS DATA – CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – ENTIDADE GOVERNAMENTAL SUJEITA AO INSTITUTO – PEDIDO PROCEDENTE**. 1. Integrando a Caixa Econômica Federal como empresa pública, a administração pública indireta, enquadra-se na expressão entidades governamentais de que trata o item LXII, a, do artigo 5º, da Constituição Federal, e, portanto, o conhecimento dos registros ou informações que detenha sobre terceiros é exigível,

de órgãos da administração pública englobados no conceito de “entidades de caráter público”.

Entidades de caráter público são consideradas aquelas pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos, assim entendidas aquelas não governamentais. Em outras palavras, “é fora de dúvida que a cláusula derradeira, sob pena de tornar-se supérflua e redundante, só pode aludir a entidades *não governamentais*.”²⁰³

A doutrina se alterna em termos, mas o núcleo do significado de *entidades de caráter público* permanece o mesmo, qual sejam entidades que atuam ao lado dos órgãos estatais, mas que desenvolvem serviços de ordem pública.

Assim, *entidade de caráter público* para J.J. Calmon de Passos é aquela “que possui registros de assentamentos pessoais e os fornece a terceiros, isto é, não os detém para seu uso exclusivo, com vistas a definir suas opções e tomar decisões”²⁰⁴, ao passo que para Luís Roberto Barroso “são as pessoas privadas que prestem serviços públicos ou de utilidade pública.

Dessa forma, surge a seguinte questão: somente entidades públicas teriam a obrigação Constitucional de fornecer, corrigir ou efetuar anotações em referidos registros ou banco de dados? E as empresas privadas, instituições financeiras, instituições de crédito, todas essas possuem hoje uma gama enorme de informações de terceiros. Não estariam sujeitas às mesmas regras?

através do *habeas data*, pela pessoa a que se refiram. 2. Remessa oficial denegada. 3. Sentença confirmada. (TRF, 1ª Reg. Remessa *ex officio* 113.283, Rel. Catão Alves, 12/11/1190.)

²⁰³ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. In: **Revista de Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 30.

²⁰⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Mandado **de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo**, *op. cit.*, p.141.

Hodiernamente com o avanço da informática e de programas altamente desenvolvidos de cadastros em diversos serviços da sociedade, como Associações Comerciais²⁰⁵, Serviços de Consultas à Consumidores *on line* e por telefone, *telecheques*, operadoras de cartões de crédito, serviços de telefonia móvel e, inclusive Universidades, detém informações que muitas vezes a própria pessoa sequer tem conhecimento de seu “fichamento” junto àquelas empresas ou instituições.

Daí a questão: até que ponto essas empresas podem e possuem autorização legal para adentrar na vida pessoal dos indivíduos, ou mesmo que tenham essa autorização²⁰⁶, até quando deverão manter esses cadastros abertos? Não prescrevem nunca?

O objeto do *habeas data* realmente não trata desse assunto. Limita-se às hipóteses daquelas empresas, as quais no máximo possuam caráter público. Contudo, não é novidade que milhões de pessoas encontram-se catalogadas junto às maiores empresas de telefonia móvel, o que implica na necessidade de revisão do conceito utilizado pela Constituição e pela Lei nº 9.507/97 do que venha a ser “caráter público”.

A melhor solução seria a de se estabelecer parâmetros de utilização desses dados pessoais no sentido de haver maior proteção aos particulares, sejam em entidades de caráter público, seja em empresas privadas que, por seu porte ou mesmo por suas funções, passariam a ser consideradas como detentoras de banco de dados com abrangência pública.

²⁰⁵ TJSP, Apel. Civ. 165.159-1, rel. Costa de Oliveira, 5.5.1992.

²⁰⁶ Essa ressalva refere-se, por exemplo, às portarias que regulam o cadastro obrigatório de consumidor de telefonia móvel e visam a segurança da própria sociedade.

Nesse sentido o Código de Defesa do Consumidor instituído pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, define em seu artigo 43, parágrafo 4º que “os **bancos de dados e cadastros relativos a consumidores**, os serviços de proteção ao crédito congêneres são considerados **entidades de caráter público.**”

O alcance desse artigo realmente deve ser visto como amplo, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor “é direito categorial que protege uma categoria social, o consumidor, parte mais fraca na relação que trava com categorias economicamente mais fortes: o fornecedor, produtor, o comerciante.”²⁰⁷⁻²⁰⁸ O conceito deve ser amplo, ainda, porque ao se analisar os direitos fundamentais a interpretação da norma deve ser a mais ampla possível, sempre na busca da proteção do indivíduo frente ao poder estatal.

Nas palavras de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, existe, pois, o chamado *habeas data de consumo*, haja vista que “os bancos de dados, os SPCs, os cadastros e quaisquer outros organismos que colem, guardem ou armazenem informações sobre consumidores são considerados entidades de caráter público” e é enfático ao ressaltar que “tal aplicativo aplica-se aos bancos de dados, SPCs por exemplo, assim como cadastros internos das

²⁰⁷ Cf. prefácio de Sérgio Resende de Barros à obra de Adriana Carvalho Pinto Vieira, **O princípio Constitucional da igualdade e o direito do consumidor**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2002.

²⁰⁸ Sobre o direito do consumidor vide VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto Vieira. **O princípio Constitucional da igualdade e o direito do consumidor**, *op. cit.*, a qual entre outros conceitos muito interessantes em relação à matéria, aduziu que o direito do consumidor busca a maior abrangência possível na salvaguarda do consumidor em relação ao fornecedor, e nesse sentido “abrange não somente as relações de consumo como também os crimes contra a economia popular; a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo e a conseqüente legislação sobre a intervenção no domínio econômico... sendo considerado uma área jurídica altamente dinâmica, complexa e mutável, elevado à categoria de direito individual e coletivo.” *Idem*, p. 99-100.

empresas mesmo que terceiros, além de seu detentor, não possam fazer uso deles.”²⁰⁹

Calmon de Passos, por sua vez, defende a idéia de circulação ou não de referidos dados e, somente serão considerados de caráter público quando terceiros puderem a eles acessar.

Assim, quando esses dados circularem para além daquele sujeito que processo e utiliza os registros, será de caráter público. Exemplificando, J.J. Calmon de Passos anotou que o cadastro de correntistas de um determinado banco – instituição financeira – serve para orientar-se internamente em suas decisões. Caso essas informações passem a ser acessíveis a outros sujeitos, “ele publiciza os seus registros, e coloca-se sob o dever constitucional de dar as informações e retificá-las devidamente”.²¹⁰⁻²¹¹

Em síntese, a condição de pessoa jurídica de direito público ou privado nada tem a ver com o caráter *público* dessa entidade, sendo pertinente apenas a verificação da privacidade ou publicidade da utilização dos dados registrados ou armazenados.²¹² No mesmo sentido, Rogério Lauria Tucci anotou que o “provimento jurisdicional objetivado não se verifica em face da natureza do órgão que possui a informação, mas sim em razão da sua natureza pública”.²¹³

Esta parece ser a melhor análise que deverá ocorrer na verificação de ser determinado arquivo de caráter público ou não.

²⁰⁹ Cf. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.336, *apud* SEGATTO, Antonio Carlos. **O instituto do habeas data**, *op. cit.*, p.169.

²¹⁰ Cf. PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo**, *op. cit.*, p. 141.

²¹¹ Correições cadastrais em instituição financeira governamental, não há dúvida sobre o cabimento do *writ*. TRF, 1ª Reg. Remessa *ex officio* 103.693, rel. Catão Alves, 7.3.1994.

²¹² Cf. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *ibidem*.

²¹³ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 180-181.

Delineados os conceitos de *banco de dados e empresas de caráter público*, cabe analisar o alcance da expressão “que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”.²¹⁴

A doutrina vê com preocupação essa ressalva a que se refere a Lei nº 9.507/97 no parágrafo único do artigo 1º.

Inicialmente ressalte-se que o princípio da publicidade dos atos administrativos que rege a administração pública é justamente um dos pilares do Estado de direito. Assim, referida ressalva legislativa “trata-se de uma restrição que deverá prevalecer apenas em face dos entes privados, não se aplicando a órgãos do Poder Público, onde devem ser observados os princípios da publicidade e da impessoalidade.”²¹⁵

Nesse sentido, somente a publicidade poderá evitar que o Estado macule os direitos dos cidadãos, os quais poderão fiscalizar o efetivo exercício público, sob pena de se cair no autoritarismo Estatal. Os direitos humanos devem e necessitam de transparência por parte de quem detém o poder de governo.

Notadamente, a parte final do disposto no parágrafo único do artigo 1º da lei regulamentadora do *habeas data* causa certa estranheza, uma vez que abre precedente para que o Estado pratique atos, ou venha a praticar, no silêncio e à revelia a quem tais dados se referem.

²¹⁴ TJSP, HD 119.893-3, rel. Denser de Sá, 15.1.1992. Nesse *habeas data* o impetrante solicitou informações referentes à sua pessoa constante do DIPO. A ordem foi denegada, uma vez que o DIPO alegou informações “que necessariamente devem constar nos registros e assentamentos daquele departamento”. Realmente razão assistiu ao DIPO, já que o impetrante possuía inúmeros processos criminais em andamento e requeria, de forma genérica e ampla, informações constantes no DIPO. Ou seja, a ressalva de uso exclusivo é de caráter dúbio, pois muitas vezes o Estado, de fato, necessita dessas informações, sob pena de perder o controle, inclusive, de investigações criminais. Contudo, há de se ter a cautela ressaltada pela doutrina, como será exposto.

Em vista disso, a doutrina se manifestou contrariamente ao disposto no parágrafo único do vetado artigo 1º da Lei nº 9.507/97. Assim, aduziu-se: “é o que se poderia chamar, segundo expressão corrente à época da Constituinte, ‘resquício da doutrina de Segurança Nacional’, a qual se pretendeu extirpar do texto constitucional.”²¹⁶

A publicidade é, pois, a maneira como entidades e os próprios particulares podem, além de tornar efetiva a participação política, exercer a fiscalização dos atos públicos, sendo imprescindível para a segurança do Estado de direito.

Vale destacar que, para Canotilho “o princípio do Estado de direito democrático exige o conhecimento por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os actos secretos contra os quais não se podem defender. O conhecimento dos actos por parte dos cidadãos faz-se, precisamente, através da publicidade.”²¹⁷

Art. 2º O requerimento será apresentado ao órgão ou entidade depositária do registro ou banco de dados e será deferido ou indeferido no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

Parágrafo único. A decisão será comunicada ao requerente em 24 (vinte e quatro) horas.

²¹⁵ SEGATO, Antonio Carlos. **O instituto do *habeas data***: aspectos constitucionais e seus reflexos na legislação ordinária, *op. cit.*, p. 163

²¹⁶ GARCIA, Maria. **Habeas data: o direito à informação, o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas - um perfil constitucional**, *op. cit.*, p. 232.

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 947. (Redação original).

Referido artigo 2º caracteriza a fase extrajudicial e prévia do *habeas data*. Inicialmente esse requerimento é a prova incontestável da recusa administrativa a que a doutrina e jurisprudência entendem ser necessária para a impetração do *writ*.²¹⁸

Assim, independentemente de deferido ou não, a lei estabelece o célere prazo de 48 (quarenta e oito) horas para a manifestação do detentor dos dados.

Ocorre que não há qualquer previsão de punição se não for cumprido referido prazo.

O artigo 6º de referida lei estabelecia multa na falta do cumprimento do prazo legal, mas foi vetado²¹⁹. Assim, em que pese a lei ter estabelecido prazo severo, faltou-lhe previsão de punição.

Arnoldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca anotaram que, “em se tratando de órgão público, o funcionário em atraso estará sujeito às penalidades administrativas cabíveis em função da desobediência a uma obrigação legal.”²²⁰

Contudo a prática jurídico-processual brasileira demonstra que “penalidades administrativas em função da desobediência de prazo” praticamente são inexistentes.

²¹⁸ Vide parágrafo único, inciso I do artigo 8º de referida lei.

²¹⁹ “RAZÕES DO VETO. No que se refere à multa, prevista no artigo 6º, não se vê qualquer indicação quanto: a) à sua destinação: b) à disciplina da gestão das verbas decorrentes de sua aplicação. Identifica-se, pois, aqui uma lacuna que há de ser colmatada mediante nova iniciativa legislativa. O parágrafo 1º confere ao Ministério Público o encargo de tomar providências necessárias para a apuração da infração e conseqüente aplicação da multa. Tal atribuição não parece compatível com as finalidades do Ministério Público (art. 127 c/c art. 129 da Constituição Federal)”, *apud* SEGATO, Antonio Carlos. **O instituto do *habeas data*: aspectos constitucionais e seus reflexos na legislação ordinária**, *op. cit.*, p. 97, notas de rodapé.

²²⁰ Cf. WALD, Arnold; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O *habeas data* na Lei nº 9.507/97. In: **Revista de Informação Legislativa**, *op. cit.*, p. 16-17.

Ora, basta o cotidiano dos advogados para ver que, de fato, os prazos estabelecidos em lei muitas vezes não são atendidos pela própria escassez de mão de obra no setor público. Não é difícil o indivíduo aguardar por horas o atendimento em balcões públicos – especialmente no setor administrativo – sem que alguém responda pelo simples atraso em seu atendimento, quanto mais no cumprimento de seu dever dentro do prazo.

No judiciário é um pouco diferente. Correm prazos processuais e estes sim deverão ser cumpridos sob pena de eventual correição e responsabilidade. Em que pese o acúmulo de causas a serem julgadas, poderá se exigir dos funcionários da justiça e, inclusive dos magistrados, o cumprimento de tais prazos.

Essa possibilidade é difícil de vislumbrar quando se trata do setor administrativo propriamente dito. Dessa forma, raras são as vezes que o chefe do setor ou da repartição pública obriga seus subalternos ao cumprimento de prazos. A burocracia e a falta de punição são coniventes da falta dessa instrumentalidade e eficiência.

Essa falta de punição prejudica, pois, o estabelecido no artigo 2º da Lei nº 9.507/97. Dessa maneira algumas ponderações realizadas por Kelsen, ao analisar a falta de sanção prevista em determinada norma, são pertinentes.

Assim afirma Kelsen que a eficácia²²¹ é medida de condição da vigência por diversas observâncias fáticas. Entre elas, quando uma norma jurídica liga-se a determinada conduta e se prevê correspondente sanção – classificando assim como delito aquela conduta condicionadora da sanção, “se deve entender não só o fato de esta norma ser respeitada e aplicada, mas também o

fato de esta norma ser respeitada pelos indivíduos subordinados à ordem jurídica, isto é, o fato de ser adotada a conduta pela qual se evita a sanção”.²²²

Da análise do exposto, conclui-se que, em não havendo qualquer previsão de sanção ao descumprimento de referido prazo, pode restar prejudicado o prazo estabelecido pela inexistência de sanção ao não cumprimento da norma.

Art. 3º Ao deferir o pedido, o depositário do registro ou do banco de dados marcará dia e hora para que o requerente tome conhecimento das informações.

Parágrafo único. (*Vetado.*)

Esse ato previsto pelo artigo 3º consubstancia no deferimento prévio do pedido de informações, o que, exceto se constar dados incorretos ou se necessitarem de anotações, impede o exercício de ação de *habeas data*, uma vez que já cumprida a pretensão em sede administrativa.

Portanto, realizado o pedido administrativo e reconhecido o direito do peticionário por parte daquela repartição ou entidade detentora de tais dados, as informações serão apresentadas ao requerente suprimindo a necessidade de eventual impetração do *writ* de *habeas data*.

Art. 4º Constatada a inexatidão de qualquer dado a seu respeito, o interessado, em petição acompanhada de documentos comprobatórios, poderá requerer sua retificação.

²²¹ Este tema será tratado com maior apreço no capítulo 4.

²²² Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994, p. 12.

§ 1º Feita a retificação em, no máximo, 10 (dez) dias após a entrada do requerimento, a entidade ou órgão depositário do registro ou da informação dará ciência ao interessado.

§ 2º Ainda que não se constate a inexatidão do dado, se o interessado apresentar explicação ou contestação sobre o mesmo, justificando possível pendência sobre o fato objeto do dado, tal explicação será anotada no cadastro do interessado.

Complementando a regra anterior, o peticionário poderá, ainda em fase administrativa, requerer retificação ou mesmo explicação ou contestação sobre referidos lançamentos naquele banco de dados.

Após ter acesso aos dados em sede administrativa (artigo 3º supra referido) não será necessário o indivíduo formular pedido judicial para eventual correção e/ou justificção da inserção daqueles dados pessoais em determinado arquivo. Basta peticionar corroborando o aludido para que aquela entidade detentora de tais dados efetue nas anotações comprovadamente necessárias.

A ciência das informações a que se refere o parágrafo 1º do artigo 4º de referida Lei, entende-se que deverá ser realizada por meio carta registrada, conforme se realiza a maioria dos atos da administração pública, excetuando-se, em alguns casos, as notificações judiciais que praticamente restringem-se à publicação em Diário Oficial.

Com referida ciência encerra-se a fase extrajudicial regulamentada pela Lei nº 9.507/97 do *habeas data*. Contudo, atente-se ao fato de que essa previsão de “ciência” encontra-se no parágrafo 1º do artigo 4º, enquanto que o parágrafo 2º não a previu.

Dessa forma, em não sendo efetuada as anotações de explicação ou contestação da inserção de referidos dados, nasce o direito de o indivíduo pleitear judicialmente, por meio da ação *de habeas data*, referidas exigências. Ademais, é o que estabelece o parágrafo único, inciso III, do artigo 8º da mesma lei.

Art. 5º (Vetado.)

Art. 6º (Vetado.)

Art. 7º Conceder-se-á *habeas data*:

I – para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público;

II – para a retificação de dados, quando não ser preferível fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

III – para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável.

O artigo sétimo inaugura a fase judicial do *habeas data*, inicialmente repetindo os conceitos Constitucionais até o inciso II, para então apresentar a grande inovação legislativa em relação à previsão do instituto na Constituição: o inciso III, a possibilidade de *justificação* da inserção de referidos dados.

Portanto o texto constitucional em seu artigo 5., LXXII estabeleceu duas hipóteses, a saber: primeira, a de assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante e segunda, a de retificá-las, quando não se preferir fazê-lo por processo sigiloso.

A redação dada pela lei regulamentadora do *habeas data*, por sua vez, acrescentou a terceira hipótese apresentada.

O legislador infraconstitucional vai além da previsão posta pelo constituinte de 1988 para alargar as hipóteses de impetração do instituto do *habeas data*.

A questão que se levanta é se referido avanço legislativo infraconstitucional caracterizaria ou não uma inconstitucionalidade.

A resposta mais plausível é a da não caracterização de inconstitucionalidade, pois a terceira hipótese trazida pelo legislador ordinário não é contrária ao estabelecido no texto constitucional, uma vez que se o constituinte autorizou a **retificação** dos dados pessoais, o legislador ordinário ao fixar a mera **justificação** não estaria ferindo o disposto na Constituição.

A jurisprudência já havia se manifestado nesse sentido antes mesmo da regulamentação dada pela Lei nº 9.507/97, quando, em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o relator Ministro Marco Aurélio inscreveu que o *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, “que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: a) direito de acesso aos registros; b) direito de retificação dos registros e, c) direito de complementação dos registros.”²²³

A doutrina segue a mesma linha do julgado acima transcrito. Nesse passo, “ao permitir a anotação de informação ou contestação sobre algum

²²³ STF, Pleno, RHD 22-DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.9.1991, DJ 1.9.1995, p. 27.378.

dado relativo à pessoa do requerente, pode-se dizer que se estaria emendando o cadastro/registo dos dados do interessado.”²²⁴

Assim, o registo de dados sofreria uma “advertência, observação ou ressalva”.²²⁵ E, ao concluir seu raciocínio, o mesmo autor assevera que “se permite com o *habeas data* a retificação de determinada informação, que encerra idéia de modificação, é de se deduzir ser permitida, também, a simples anotação de determinada explicação ou contestação.”²²⁶

Alexandre de Moraes, no tocante ao tema, chama a atenção para o fato de que, nessa *ampliação legislativa*, há a possibilidade de o indivíduo, não obstante os dados lançados a seu respeito serem verdadeiros, *evitar ou remediar-se* de possíveis humilhações em virtude de interpretações incorretas, “haja vista serem por vezes tais dados *insuficientes para uma correta e ampla análise* o que causaria, ainda, uma interpretação *dúbia ou errônea*”.²²⁷

Dessa forma a legislação ordinária veio acatar o que a jurisprudência já havia decidido em consonância com a doutrina, a qual resumidamente não se opôs à inclusão de mais uma alínea às hipóteses constitucionais para a impetração do *habeas data*.

Fato relevante que a lei regulamentadora do instituto do *habeas data* deixou de tratar especificamente, como pertinente seria, é a falta de regulamentação, ou mesmo a falta de *instrumentalização* acerca do processo

²²⁴ Cf. MEDINA, José Miguel Garcia. Análise dos requisitos exigidos pela lei 9.507, de 12.11.1997, para a interpretação do *habeas data* – constitucionalidade, natureza jurídica e tentativa de sistematização. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 164.

²²⁵ MEDINA, José Miguel Garcia, *ibidem*.

²²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia, *ibidem*.

²²⁷ Cf. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. 2. tir. São Paulo: Atlas, 2007, p. 142.

sigiloso, previsto no inciso II do artigo 7º da norma, restringindo a redação à literalidade do texto constitucional prevista no artigo 5º, inciso LXXII, alínea *b*.

A respeito de tal fato, anotou-se: “contudo, percebe-se inexistir qualquer empecilho a que tal possa ocorrer, com vistas a preservar a intimidade e a honra do interessado” e, reiterando os termos constitucionais – foi exatamente isso que fez o legislador ordinário – “sem dúvida alguma, deixou de passar a oportunidade de regulamentar o procedimento, *pari faço*, de medidas e atos para assegurar o sigilo do processo administrativo em tais hipóteses.”²²⁸

Por conta dessa omissão legal, a doutrina se manifestou no sentido de que o rito processual ao qual deverá seguir o processo judicial sigiloso, deverá ser ordinário, correndo sob segredo de justiça, na forma do Código de Processo Civil, artigo 155. Essa parece ser a melhor doutrina.²²⁹

Art. 8º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos dos arts. 282 a 285 do Código de Processo Civil, será apresentada em duas vias, e os documentos que instruírem a primeira serão reproduzidos por cópia na segunda.

Parágrafo único. A petição inicial deverá ser instruída com prova:

I - da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão;

II - da recusa em fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; ou

²²⁸ Cf. LIMA, Francisco Gérson Marques de. Breves anotações à Lei nº 9.507/97. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 750/87.

²²⁹ Cf. WALD, Arnaldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. O habeas data na Lei 9.507/97. In: **Revista de Informação Legislativa**, *op. cit.*, p. 18.

III - da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou do decurso de mais de quinze dias sem decisão.

Já se disse que o *habeas data* possui natureza jurídica de ação civil de conhecimento de índole constitucional e, como tal, submete-se às condições da ação prevista no bojo do Código de Processo Civil, como a *possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse de agir*, sob pena de extinção do processo sem julgamento do mérito, artigo 267, inciso VI do mesmo diploma legal.

Portanto algumas considerações acerca dos **pressupostos processuais** são pertinentes para a análise da ação judicial do *habeas data*.

Nesse sentido Greco Filho anotou que o *habeas data* por ser uma ação, conseqüentemente é um pedido de tutela jurisdicional, de atuação do Poder Judiciário, para que se outorgue um direito subjetivo. “Por essa razão, pode ser examinado quanto às condições de seu exercício, ou seja, quanto aos seus pressupostos processuais e suas condições”.²³⁰

Assim *possibilidade jurídica do pedido*, consiste na formulação de pretensão que em tese, exista na ordem jurídica como possível, ou seja, que a ordem jurídica brasileira preveja a providência pretendida pelo interessado.²³¹

A *legitimação* refere-se às partes, sendo denominada, também, legitimação para agir ou, na expressão latina, *legitimatío ad causam*. “A cada um de nós não é permitido propor ações sobre todas as lides que ocorrem no mundo”. Em regra, somente podem demandar aqueles que “forem sujeitos da

²³⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**, *op. cit.*, p. 175.

²³¹ Cf. GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual brasileiro**. 17ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

relação jurídica de direito material trazida a juízo. Cada um deve propor as ações relativas aos seus direitos”.²³²

Pertinentes as anotações de *De Plácido e Silva* informando que os “legitimados ativos para promover a ação de *habeas data* são as pessoas, físicas ou jurídicas²³³, a respeito de dados atinentes a eles, não à coletividade”. Já a legitimação passiva se dará em face “da entidade governamental, em qualquer poder, da Administração (direta, indireta ou fundacional), abrangendo inclusive o serviço público delegado e as entidades particulares autorizadas a manter bancos de dados como, *e.g.*, o Serviço de Proteção ao Crédito.”²³⁴

Luís Roberto Barroso nessa mesma linha assevera que “a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança, e não tendo o texto constitucional feito qualquer distinção, o melhor entendimento é o de ser possível também às pessoas jurídicas a impetração do *habeas data*.”²³⁵

Ainda em termos de *legitimação ativa*, José Afonso da Silva defende o cabimento de *habeas data* para assegurar o direito do *de cujus*, figurando como legitimados o cônjuge supérstite e os demais herdeiros legítimos regulados pelo Código Civil brasileiro.

Ressalte-se a importância desse tema, visto que a dignidade, a honra e a imagem da pessoa devem ser respeitadas mesmo após a morte do indivíduo.

²³² GRECO FILHO, Vicente, *ibidem*.

²³³ Luís Roberto Barroso em, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira**, *op. cit.*, p. 273, anotou que “a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança, e não tendo o texto constitucional feito qualquer distinção, o melhor entendimento é o de ser possível também às pessoas jurídicas a impetração do *habeas data*.” Vide ainda Arnaldo Wald e Rodrigo Garcia da Fonseca. O *habeas data* na Lei 9.507/97. In: **Revista de Informação Legislativa**, *op. cit.*, p. 19 e, em sentido contrário, ou seja, defendendo a não possibilidade de impetração do *habeas data* por pessoa jurídica, Celso Ribeiro Bastos, **Habeas data**, *op. cit.* P. 85.

²³⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 671.

Ora, como aceitar o fato de máculas indevidas em registros de dados cuja pessoa não mais se encontra para se defender? Há de se reconhecer o direito de manter sua honra límpida, caso seja encontrada informações inverídicas em referidos dados.

A doutrina não é unânime sobre essa legitimação. Há autores que mencionam que a própria redação do artigo 5º, inciso LXXII da Constituição Federal estabelece o caráter personalíssimo do *writ* como menciona “informações relativas à pessoa do impetrante”. Essa linha é seguida por José Joaquim Calmon de Passos.²³⁶

Em sentido contrário, defendendo a legitimação ativa ao herdeiros e cônjuge, Sérgio Nojiri anotou que “a melhor interpretação é aquela que amplia a legitimidade ativa do *habeas data* em causas relativas a transmissão de direitos *mortis causa*.”²³⁷

Ademais se encontra na jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos a decisão de que “somente a pessoa em cujo nome constar o registro, tem legitimação para agir. Exceção feita aos mortos, quando então, o herdeiro ou o cônjuge supérstite poderão impetrar o *writ*.”²³⁸

Já o *interesse de agir*, terceiro item dos pressupostos processuais, consiste na “necessidade de se recorrer ao Judiciário para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade ou legalidade da pretensão.” Se o juiz, ao examinar a petição, chega à conclusão de que

²³⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira**, *op. cit.*, p. 273

²³⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo**, *op. cit.*, p.145.

²³⁷ Cf. NOJIRI, Sérgio. O habeas data e o direito à autodeterminação informativa. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p. 367-368.

²³⁸ HD 001-DF, DJU de 2.5.1989, Seção I, p. 6.774. Este aresto, aliás, é muito citado por aqueles que assim defendem.

nenhum interesse tem o autor na propositura da ação, de que, portanto, nenhum interesse processual existe, “qualquer que seja a causa para tal convencimento do juiz, tem ele de indeferir a petição inicial”.²³⁹

Ainda em referência ao interesse processual de agir²⁴⁰ é de se notar que “como regra geral do processo civil, o autor de uma ação deve provar a necessidade que tem de recorrer ao Poder Judiciário e, portanto não bastará a mera vontade do impetrante para justificar o cabimento do *habeas data* para simples anotação”.²⁴¹⁻²⁴²

Dessa forma o meio deve ser adequado ao pedido. Ou seja, o interesse processual deve ser aferido em função da necessidade daquela tutela jurisdicional pleiteada, sendo que em ação de *habeas data*, os pressupostos subjetivos “referem-se obrigatoriamente à necessidade da verificação de um indivíduo que objetive ter conhecimento de informações acerca de sua pessoa, o que se revela como um direito subjetivo seu”.²⁴³

José Rogério Cruz e Tucci anotou que a “*causa petendi*” é locução que indica o fato ou conjunto de fatos que serve para fundamentar a pretensão (processual) do demandante: *ex facto oritur ius* – o fato gera o direito e impõe

²³⁹ Cf. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 91.

²⁴⁰ Vários são os motivos de falta de interesse de agir. Os mais comuns em ação de *habeas data*, conforme se pode observar pela jurisprudência, são a falta de comprovação da negativa extrajudicial e conhecimento prévio das informações ainda em sede administrativa. Vide TJMG, RT 647/175; TRF, 4º Reg. Apel. Civ. 404087, rel. Fábio B. da Rosa, 13.4.1993 e TJSP, Apel. Civ. 199.000-1, rel. Matheus Fontes, 18.11.1993.

²⁴¹ Cf. WALD, Arnoldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. O *habeas data* na Lei 9.507/97. In: **Revista de Informação Legislativa**, *op. cit.*, p. 19

²⁴² O Superior Tribunal de Justiça decidiu que a retificação por meio de *habeas data* a que a Constituição Federal só é permitida quando se tratar de informações não verazes e demonstrar, o requerente, o seu cabal interesse em que sejam canceladas (ou retiradas), demonstrando, com a inicial, a sua existência, até mesmo para propiciar à autoridade coatora a formulação de sua resposta”. Cf. HD 39/DF, 1ª Seção do STJ, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU-I, 3.11.1997, p. 56.203

²⁴³ Cf. ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data***, *op. cit.*, p.121.

um juízo”.²⁴⁴ Observa ainda que, aqueles fatos que são essenciais para configurar o objeto do processo, por conseguinte configuraram a *causa de pedir* são os mesmos que têm o condão de delimitar a pretensão”.²⁴⁵⁻²⁴⁶

Assim já no despacho saneador do processo o juiz irá verificar se a petição preenche os dispostos nos artigos 282 a 285 do Código de Processo Civil, o qual compreende os pressupostos gerais de toda ação de natureza civil, a saber, qualificação das partes, fato e fundamento jurídico, o pedido específico²⁴⁷, provas e requerimento para citação, além é claro da instrução com os documentos necessários.

É aqui que residem algumas dúvidas de ordem prática: no sentido de saber quais seriam os documentos instrutórios²⁴⁸ e necessários para impetrar ação de *habeas data*. Basicamente fariam provas robustas qualquer documento que conste a inserção dos dados do indivíduo em determinado arquivo.

Contudo essa hipótese somente se dará quando o impetrante já tiver conhecimento de referidos dados, ao passo que em se tratando da primeira hipótese de impetração do *habeas data*, quando se pede o mero *conhecimento* de dados, como instruir o pedido quando sequer se tem certeza de que existem tais dados?

²⁴⁴ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 24.

²⁴⁵ Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e, *ibidem*.

²⁴⁶ Pontes de Miranda nesse mesmo sentido lembra que “o pedido é essencial à demanda, porque a demanda é relação jurídica processual e a petição o ato em que se invoca o órgão do Estado, que é o juiz. Diz-se o que é se pede (petitum), e por que se pede (causa petendi: art. 282, III do CPC)”. Cf. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 33.

²⁴⁷ Muitas vezes o pedido não corresponde com o objeto tutelado pelo *writ*. Nesses casos, por óbvio, serão indeferidos. É o caso de *habeas data* requerendo certidão de absolvição criminal. Cf. TJSP, HD 126.426-1, rel. Gomes de Amorim, 4.5.1992. Como pedido inadequado, vide ainda, TJSP, Apel. Civ. 224.487-1, rel. Paulo Menezes, 2.5.1995.

A prova testemunhal poderá suprir e formar o convencimento do juiz da existência da *causa de pedir*. Contudo, quando esses fatos são colocados em prática, surgem essas questões controvertidas cabendo ao profissional convencer o magistrado que o impetrante possui indícios suficientemente comprobatórios da existência de referidos arquivos.

Delineadas algumas considerações acerca do artigo 8º *caput*, cabe algumas observações em relação a seu *parágrafo único*.

Trata-se da necessidade de instrução da peça vestibular com a prova da recusa no âmbito extrajudicial, ou seja, um dos documentos que deverão acompanhar a ação de *habeas data*, aquele que comprovará a recusa do acesso extrajudicial aos dados do particular, bem assim de sua retificação ou anotação.²⁴⁹⁻²⁵⁰

Celso Ribeiro Bastos aduziu em relação ao tema que o legislador forneceu ao indivíduo um instrumento jurisdicional de acesso a seus dados pessoais, mas a chegada até eles pela via administrativa não confere ao requerente a mesma segurança, nem uma cominação punitiva para o caso de

²⁴⁸ A jurisprudência demonstra essa dificuldade. Vide STJ, HD 14, rel. Min. Pedro Aciole, 28.5.1990; TRF, 4ª Reg. Apel. HD 450592, rel. Virgínia Amaral Scheibe, 23.4.1996.

²⁴⁹ Além da previsão legal, farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e tribunais inferiores também confirmaram essa necessidade de comprovação da recusa ao acesso às informações, bem assim da recusa da retificação ou anotação em referidos arquivos. Cf. Recurso de *habeas data* n. 22-DF, tribunal Pleno, julg. 19.9.1991; STJ, RT 653/197; STJ, RT 654/185; STJ, RT 700/172; TRF, 4ª Reg. Apel. Civ. 404087, rel. Fábio B. da Rosa, 13.4.1993; TRF, 5ª Reg. Apel. Civ. 504756, rel. Castro Meira, 5.4.1990; TRF, 1ª Reg. RHD 108.550, rel. Hércules Quasímoto, 19.6.1995; TRF, 2ª Reg. Apel. Civ. 204.946, rel. Frederico Gueiros, 9.9.1992 e, ademais, a matéria foi objeto da Súmula 2: NÃO CABE O HABEAS DATA (CF, ART. 5., LXXII, LETRA "A") SE NÃO HOUVE RECUSA DE INFORMAÇÕES POR PARTE DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. DJ DATA:18/05/1990 PG:04359. RSTJ VOL.:00016 PG:00025.

²⁵⁰ Em sentido contrário, STJ, RT 667/169 e STJ, HD 9, rel. Min. Miguel Ferrante, 4.12.1989, ambos no sentido de que, apesar de ter solicitado em âmbito administrativo as informações constante do objeto de pedido do *writ*, quedou-se a administração pública fornecendo simples certidão que não atendeu à pretensão do interessado. Esse ponto há de ser ressaltado, pois essa dificuldade de atendimento junto à administração pública é notória em todos os setores e, por vezes, não há sequer prova contundente de tais fatos. Nesses dois julgamentos citados, a sensibilidade dos julgadores nesse sentido é estante.

não cumprimento por parte da administração. E conclui: “daí porque a solução por certo mais correta é a da dispensa de qualquer provocação da instância administrativa”.²⁵¹

A doutrina se divide nesse ponto. Aqueles que defendem a necessidade da prévia recusa via administrativa fundamentam suas opiniões no sentido de que, sem a resistência da pretensão, não haveria interesse de agir²⁵², e aqueles que advogam a desnecessidade de haver a prévia recusa em via meramente administrativa para instrução de *habeas data* defendem a tese de que a Constituição assim não exigiu quando da instituição do *writ*.²⁵³

Ademais, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, assegura o direito da não exclusão do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito. Assim, “qualquer interpretação restritiva afrontaria o princípio de que os direitos e as garantias fundamentais não de ser interpretados da forma mais ampla possível, cabendo ao intérprete doar-lhes a máxima carga de efetividade”.²⁵⁴

²⁵¹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Habeas data*, *op. cit.*, p. 88.

²⁵² Nesse sentido, CRETELLA JÚNIOR, José. **Os writs na Constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular, *op. cit.*, p. 119; PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo**, *op. cit.*, p. 136 e BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira**, *op. cit.*, p.270, entre outros.

²⁵³ Nesse sentido, PIOVESAN, Flávia. O habeas data e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.507/97. In: **Habeas data**, O habeas data e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.507/97. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p. 101; SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 62; GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 177 e SIDOU, J. M. Othon. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular**: as garantias ativas dos direitos coletivos, *op. cit.*, p.295, entre outros.

²⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. O habeas data e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei nº 9.507/97. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p. 100.

Acredita-se ser essa última posição a mais plausível: a que defende a desnecessidade de requerimento prévio junto à administração pública como pressuposto de impetração do *habeas data*.

A exposição sistemática artigo por artigo até neste ponto exposta teve como objetivo único, como já referido, a situação do leitor aos procedimentos extrajudicial, previstos até o artigo 4º de referida legislação ordinária para após analisar o procedimento judicial do *habeas data*, compreendido entre os artigos 7º ao 23.

Contudo, os levantamentos doutrinários mais relevantes acerca do instituto do *habeas data* encerram-se praticamente com o artigo 8º, já que os artigos 9º ao 13 tratam especificamente de ordem técnica do julgamento do *writ* como notificação e pedido de informações ao coator (artigo 9º); indeferimento da inicial (artigo 10); prova da notificação (artigo 11); prazo para o magistrado julgar (artigo 12); decisão de procedência do pedido e posterior comunicação (artigos 13 e 14).

O período compreendido entre os artigos 15 e 19 trata das regras de recurso de sentença e as regras compreendidas entre os artigos 20 e 23 partem para as disposições finais da lei. Não que essa análise seja dispensável. Todavia, a metodologia utilizada, enfatizou os pressupostos processuais até a procedência ou não do pedido, aduzindo os principais questionamentos feitos pela doutrina.

CAPÍTULO IV – DIREITO COMPARADO

A definição de direito comparado pode ser vista como a “ciência auxiliar do Direito, consagrada ao estudo científico e histórico dos sistemas jurídicos, objetivando a unidade do direito universal por meio da aproximação das legislações aplicadas pelos povos de igual nível cultural”²⁵⁵. O direito comparado é, pois, o método jurídico por excelência “que tem como um de seus objetos o estudo das ordens jurídicas alienígenas para o fim de aperfeiçoamento do sistema interno”²⁵⁶.

René David ressalta que “a comparação dos direitos, considerados na sua diversidade geográfica, é tão antiga como a própria ciência do direito. Contudo, o desenvolvimento do direito comparado como ciência é um fenômeno recente no mundo”. Destaca ainda que, entre as diversas vantagens do estudo do direito comparado, poder-se-ia colacionar em três planos: ser “útil nas investigações históricas ou filosóficas referentes ao direito; útil para conhecer melhor e aperfeiçoar o direito pátrio; e por fim, útil para compreender os povos estrangeiros e estabelecer um melhor regime para as relações da vida internacional”²⁵⁷.

²⁵⁵ Cf. SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 259.

²⁵⁶ Cf. ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990, p.72.

²⁵⁷ Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996, *op. cit.*, p. 2-3.

Os sistemas jurídicos atualmente vigentes podem ser classificados levando-se em conta inúmeros critérios, entre os quais a raça, a origem histórica e a originalidade dos direitos.²⁵⁸

Existem diversos sistemas jurídicos vigentes. Não cabe a este estudo esgotá-los, mas simplificá-los em observância à utilidade do direito comparado em relação ao objeto do presente estudo do *habeas data*. Dessa forma, entre as famílias²⁵⁹ em que se podem sintetizar, duas delas se destacam no mundo ocidental, levando-se em conta sua técnica jurídica: a romano-germânica, ou *civil law*, e a família da *common law*, ou anglo-saxão.

Na visão de Lincoln Magalhães da Rocha, “o romanista é dedutivo, o anglo-saxão indutivo; o primeiro parte das construções teóricas para estabelecer princípios; o saxão, pragmático, parte do caso concreto para a solução das controvérsias presentes e futuras”.²⁶⁰

Portanto é justificável o estudo do direito comparado, com a ressalva de que a intenção dessa exposição está longe de exaurir *todos os instrumentos constitucionais* que venham a proteger os direitos humanos, mas torna-se imprescindível essa comparação com os institutos brasileiros, especialmente para se aferir a existência ou não do *habeas data* em alguns ordenamentos estrangeiros, como se verá.

O estudo se iniciará analisando os ordenamentos Português e Espanhol para após ser analisados os países da América Latina, uma vez que a doutrina

²⁵⁸ Cf. REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

²⁵⁹ Cf. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**, *op. cit.*, p. 16 e ss.

²⁶⁰ Cf. ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**, *op. cit.*, p. 73.

se refere àqueles países como sendo os ordenamentos jurídicos em que o constituinte brasileiro se inspirou para a criação do *habeas data*.

O segundo momento da comparação – a América Latina – justifica-se pelo fato de que os países que formam esse bloco Continental, assim como o Brasil, sofreram regimes de exceção e ditatoriais, onde foram tolhidos quaisquer direitos individuais.

4.1 DIREITO COMPARADO E *HABEAS DATA*

O subitem que ora se inicia, tratar-se-á do direito comparado em relação ao *writ* do *habeas data*, em sentido estrito.

A América Latina será o foco principal desta comparação, haja vista que diversos são os ordenamentos jurídicos desses países que prevêm o *writ* em tela, ao passo que não se vislumbrou o mesmo na América do Norte ou na Europa, os quais como será ressaltado, possuem leis infraconstitucionais que se assemelham ao instituto do *habeas data*, mas sem prescreverem no ordenamento constitucional o *writ* em si.

É de se ressaltar, pois, que o presente estudo do direito comparado visa exatamente esta diferenciação: tratar dos ordenamentos jurídicos estrangeiros em busca de quais – e em que forma – Estados possuem o mesmo instituto de *habeas data* como ação constitucional, como *writ* protetor dos direitos individuais em face da administração pública. E para registro da metodologia

utilizada, é aqui que reside a maior dúvida deste tópico: saber se os institutos assim denominados de *habeas data* são os mesmos em sentido estrito, ou utilizam-se do nome por assemelharem-se, apenas.

Tal busca visa não só a simples compilação de dados acerca dos ordenamentos jurídicos alienígenas. Vai além: visa estritamente a descoberta de como se situa o instituto do *habeas data* na proteção do indivíduo perante o Estado. Para tanto, em cada subitem, concluir-se-á acerca da existência ou inexistência de referida proteção individual.

4.1.1 PORTUGAL

As proteções dos direitos fundamentais previstas na Constituição de Portugal podem ser divididas em dois turnos: os *meios de defesa jurisdicionais* e os *meios de defesa não jurisdicionais*.²⁶¹

Compreende a primeira divisão, basicamente em: a) a *garantia de acesso aos tribunais*; b) a *proteção através de um processo justo (due process)*; c) o *direito à tutela jurisdicional*; d) *direito ao processo eqüitativo*; e) *acesso à Justiça Administrativa*; f) *direito a processos céleres e prioritários*; g) *direito de suscitar a 'questão' da inconstitucionalidade*; h) *ação de responsabilidade* e, por último, i) o *Direito de Acção Popular (art. 52, III)*.²⁶²

²⁶¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 491 e ss.

²⁶² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ibidem*.

A segunda divisão, por sua vez, compreende os *meios de defesa não jurisdicionais*, compreendendo a *garantia impugnatória no procedimento administrativo* e os seguintes direitos: *a) de resistência; b) de petição; c) a um procedimento justo; d) à autodeterminação informativa* e, por último, *e) o direito ao arquivo aberto*. Estes dois últimos serão objetos de maior apreciação, uma vez que se aproximam – e muito – do instituto do *habeas data* brasileiro, ora em estudo.

Inicialmente, vislumbra-se que, na *primeira divisão* das proteções dos direitos fundamentais, encontra-se o *direito de ação popular, previsto no art. 52, III da Constituição portuguesa*.

Referido instituto de ação popular, lembra Ada Pellegrini Grinover, “foi regulamentado por intermédio da Lei nº 83/95 e destinado à tutela de bens de natureza transindividual”²⁶³. Assevera a autora que, em comparação ao instituto brasileiro, “o novo instrumento processual de tutela jurisdicional aproxima-se, em alguns pontos, da ação popular e das ações coletivas brasileiras, mas é nitidamente influenciado pelas técnicas das *class actions* dos Estados Unidos no tocante à coisa julgada”.

Canotilho, por sua vez, em citação de Mauro Capelletti, menciona que “nas sociedades contemporâneas o indivíduo isolado está desarmado”²⁶⁴, ressaltando que, através do direito de ação popular, a Constituição portuguesa (art. 52, III) “deu guarida a um reforço das acções populares tradicionais (*actio*

²⁶³ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. In: _____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 48-61. Entre os diversos pontos divergentes estudados pela autora, destaca-se o subitem nº 6, o *controle pelo Ministério Público*, no qual se expõe a importância de atuação desse órgão na defesa dos interesses difusos comparando-o com sua titularidade para promover também a *ação civil pública*.

²⁶⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 510. (Redação original.)

popularis, public interest action) e à introdução de acções populares destinadas à defesa de *interesses difusos* (*class actions, Verbandsklagen e actions collectives*)”.²⁶⁵ Desse modo, referido instituto veio, como no Brasil, fomentar ainda mais o campo de abrangência de proteção dos direitos humanos perante o Estado.

Tratando-se ainda da primeira classificação dos *meios de defesa dos direitos fundamentais*, destaca-se para o direito português a *proteção através de um processo justo* (*due process*), o qual está previsto no art. 20 da Constituição daquele país, e ainda, “no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no art. 14 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos e no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem”.²⁶⁶ Destaca o mesmo autor, ainda, que “as doutrinas caracterizadoras do direito a um processo equitativo têm quase sempre como ponto de partida a experiência constitucional americana do **due process of law**”, e menciona que as origens dessa experiência, por muitos reconduzidas ao artigo 39 da Magna Carta²⁶⁷, devem ser mais bem estudadas. Assim o diz, porque, da leitura do mencionado artigo, ressalta que a fórmula empregada de “harmonia com a lei do país não era, porém, clara. Não admira, pois, que na leitura posterior da Carta feita por Eduardo III, em 1354, seja utilizado não o enunciado

²⁶⁵ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ibidem*. (Redação original).

²⁶⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 492.

²⁶⁷ Apregoa referido artigo 39: “nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei ou exilado, ou de qualquer modo molestado e nós não procederemos ou mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares e de harmonia com a lei do país”.

mencionado, mas uma fórmula semanticamente mais rica: processo devido em direito”.²⁶⁸

Relacionando a formulação do *due process* em questão com as emendas “V e XIV” da Constituição dos Estados Unidos, séculos após a edição da Magna Carta, bem assim suas releituras, pode-se extrair que o conceito gira em torno da aplicação justa da lei. Assim, “*due process* equivale ao *processo justo definido* por lei para se *dizer o direito* no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves”, ligando-se, ainda, à idéia de “*processo devido* como processo justo de *criação legal de normas jurídicas* designadamente das *normas restritivas* das liberdades dos cidadãos”.²⁶⁹

Vistos em breves apontamentos esses dois tipos de defesa jurisdicional dos direitos fundamentais – *direito de ação popular* e o próprio *due process* – que fazem parte da *primeira classificação*, resta analisar os direitos da *segunda classificação* que guardam mais particularidades com o instituto do *habeas data*, a saber: o direito à *autodeterminação informativa* e o *direito ao arquivo aberto*.

O direito à *autodeterminação informativa* está previsto na Constituição da República Portuguesa, no Capítulo I, em seu artigo 35, que trata dos direitos, liberdades e garantias pessoais. Além da previsão constitucional, legislações ordinárias também tratam do assunto, particularmente no que tange ao uso da informática em relação a dados pessoais.²⁷⁰

²⁶⁸ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 493.

²⁶⁹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ibidem*.

²⁷⁰ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ibidem*.

A *autodeterminação informativa*, segundo Canotilho, “traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais”.²⁷¹

Do simples conceito empregado, vê-se a íntima relação com o objeto do instituto de *habeas data* no Brasil, especialmente quando se lê: *utilização dos seus dados pessoais*. Ademais, o citado autor anotou que “este direito de autodeterminação pode exigir a criação dos meios de defesa jurisdicionais, e, nesse sentido, apontam já hoje convenções internacionais e o *direito de Habeas Data* consagrado na Constituição brasileira de 1988”.²⁷²

Outros tantos autores brasileiros dizem que o *habeas data* tem origem de referido dispositivo constitucional português (Art. 35).

No que tange à aplicabilidade constitucional portuguesa dos direitos e garantias fundamentais, o artigo 18 daquela Constituição estabelece que são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Jorge Miranda anotou, em relação a esse artigo, que seu “sentido primário não pode deixar de ser o de salientar o carácter preceptivo e não programático das normas sobre direitos, liberdade e garantias e o de afirmar que tais direitos se fundam na Constituição e não na lei”, ressaltando, ainda, que “não é, de resto, acaso que a atual Constituição tentou banir das disposições atributivas de direitos a fórmula *nos termos da lei*”.²⁷³

O direito à informação, não apenas de cunho pessoal, mas também administrativo, é estabelecido no artigo 268, I e II da Constituição portuguesa.

²⁷¹ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**, *op. cit.*, p. 515.

²⁷² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *ibidem*. (Redação original).

²⁷³ MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos, liberdades e garantias. In: **Estudos sobre a Constituição III**. Lisboa, 1979, p.72.

Este, estabelece o direito ao cidadão de obter informações administrativas constantes em registros públicos e ainda o direito de comunicação aberta entre as autoridades e os cidadãos. É justamente aqui que, não obstante a distância com o instituto do *habeas data* brasileiro, deve-se informar que, para os portugueses, o *direito ao arquivo aberto* “aponta não só para um direito de acesso aos arquivos e registros públicos como *direito de saber*, mas também aponta para a defesa de direitos individuais”.²⁷⁴

Para aquela cultura jurídica, esse direito vai para além do estabelecimento de um canal aberto entre a administração e os administrados: significa a própria defesa dos *direitos individuais*, tamanha é a valoração dada ao direito de *informação* estampado na Constituição de Portugal. Talvez esse seja o diferencial, a importância dada ao direito de informação, tão forte naquele país que ainda não foi necessário estabelecer outro instituto constitucional na salvaguarda dos direitos individuais dos cidadãos portugueses, ao passo que, no Brasil, a simples previsão constitucional do direito à informação no ordenamento constitucional pátrio não foi capaz de garantir o próprio direito à informação. Paradoxalmente, outro instituto – *habeas data* – teve que vir à tona para garantia do que outrora já se havia garantido: o direito à informação.

²⁷⁴ MIRANDA, Jorge, *ibidem*.

4.1.2 ESPANHA

A Constituição espanhola não previu o instituto do *habeas data* como *writ* propriamente dito. Contudo, inúmeros autores mencionam que foi baseado naquele ordenamento jurídico que o constituinte brasileiro instituiu o *habeas data* em 1988. De qualquer forma, a Espanha contém dispositivos constitucionais que vieram alargar o campo de proteção dos direitos individuais, especificamente no que tange ao direito de informação.

O artigo 18 da Constituição da Espanha que se encontra inserido no *capítulo segundo, seção primeira*, trata especificamente dos *direitos fundamentais e das liberdades públicas* e estabelece:

Art. 18-

(...)

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.²⁷⁵

Vê-se que o mencionado artigo visa limitar o uso da informática na garantia dos direitos dos cidadãos. No entanto, estabelece que referido direito deve ser regulamentado por lei, não prevendo *ação constitucional* como tal.

O artigo 105 da Constituição, por sua vez, encontra-se no *capítulo terceiro, título IV*, que trata especificamente do *governo e da administração*.

Dessa forma, foi estabelecido que:

Art. 105

La ley regulará:

(...)

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.²⁷⁶

Observa-se nesse artigo que o constituinte também previu que a *lei regulamentaria* o acesso dos cidadãos aos arquivos administrativos. Contudo, trata-se do acesso de *terceiros* aos arquivos administrativos e não do *acesso a dados pessoais pelo próprio cidadão*. Tanto que estabeleceu na segunda parte do dispositivo em comento a expressão *salvo no que afeta a segurança e defesa do Estado, a averiguação dos delitos e a intimidade das pessoas*, ou seja, terceiros não poderão ter acesso a dados que afetem a *intimidade das pessoas*.

O capítulo terceiro da Constituição espanhola em que se encontra mencionado artigo, como se viu, trata especificamente do governo e da administração. Ou seja, os direitos tutelados são de âmbito administrativo e não de *direitos fundamentais* em sentido estrito. Estes são colacionados entre os artigos 10 e 55 da Constituição da Espanha.

Assim, ação constitucional ou *writ* na defesa dos direitos à informação não estão previstos naquele ordenamento constitucional, ficando a cargo de lei

²⁷⁵A lei limitará o uso da informática para garantir a honra, a intimidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício de seus direitos. Traduzi.

a responsabilidade para regular o acesso dos cidadãos aos *archivos e registros que contenham informações de cunho pessoal de seus entes*. Isso não significa que os espanhóis estão desprotegidos de seus direitos fundamentais, pois, como visto, prevê-se na Constituição (art. 18) que a *lei* limitará o uso de informações na *defesa dos direitos dos cidadãos*, o que poderia ser comparado ao inciso X do artigo 5º da Constituição brasileira, o qual prevê a proteção à intimidade dos cidadãos. Da mesma forma, os espanhóis também possuem acesso a seus dados pessoais, genericamente em comparação com o inciso XXXIII do mesmo artigo 5º da Constituição do Brasil.

4.1.3 ARGENTINA

O Estado argentino prevê em seu ordenamento constitucional o instituto do *amparo* que se refere à ação prevista no artigo 43 da Constituição Federal, a qual se aproxima em muito do *habeas data* previsto no ordenamento pátrio. Além dessa previsão constitucional, diversas leis infraconstitucionais²⁷⁷ – provinciais – vieram para regular a defesa dos direitos à informação de ordem pessoal dos cidadãos, intitulando-as como *leis de habeas data*.

²⁷⁶ Art. 105. A lei regulará: *b*) o acesso dos cidadãos aos arquivos e registros administrativos, salvo em relação àqueles que afetem a segurança e defesa do Estado, a investigação dos delitos e a intimidade das pessoas. Traduzi.

²⁷⁷ Cf. “Ley 4244 - Habeas Data – Chubut. Fecha de Sanción: 5/12/1996. Fecha de Promulgación: 19/12/1996. Boletín Oficial del 31/12/1996; Ley 4360 -Chaco - Acción de Habeas Data; Ley n. 4360. Habeas Data. Ley 7447 de Habeas Data - Provincia de San Juan. sanc. 20/11/2003; promul. 1/12/2003; publ. 30/1/2004; Ley 3246 - Habeas Data - Rio Negro – Argentina. Sanc. 17/11/98. promul. 01/12/98 – Decreto n.1608. Boletín Oficial n. 3631”. Essas leis estão previstas no artigo 5º da Constituição que previu cada província ditará para si uma Constituição de acordo como os princípios, declarações e garantias previstas na Constituição Nacional. Disponível em <http://www.senado.gov.ar/web/interes_constitucion/cuerpo1.php>.

Dessa forma, o artigo 43 da Constituição da Argentina estabelece que, na defesa dos *direitos e garantias*, os cidadãos poderão “interpor ação expedida e rápida de amparo, contra todo ato ou omissão de autoridades públicas ou particulares, que de forma atual ou iminente lesione, restrinja, altere ou ameace direitos e garantias reconhecidos pela Constituição”. Referido artigo não se restringe ao direito à informação de ordem pessoal, mas, de forma ampla, vem na proteção dos *direitos e garantias* estampados na Constituição, prevendo, inclusive, o próprio *habeas corpus* no parágrafo²⁷⁸ quarto do mesmo dispositivo constitucional.

O parágrafo terceiro, por sua vez, é o mencionado pela doutrina daquele ordenamento como sendo a ação de *habeas data*, pois estabelece:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.²⁷⁹

O artigo em referência demonstra claramente que, não obstante o ordenamento argentino não o tenha intitulado como *writ* de *habeas data*, e sua redação, comparada ao instituto do Brasil, apresenta equivalências e semelhanças, especialmente quando se previu que, *em caso de falsidade ou discriminação, poderá ser exigida a supressão, retificação ou atualização de*

acesso em 14.5. 2007. “Cada provincia elaborará para si una Constitución de acuerdo con los principios, declaraciones e garantías da Constitución Nacional”. Traduzi.

²⁷⁸ Atente-se que a Constituição da Argentina não subdividiu em parágrafos como tecnicamente o fez nossa Constituição e leis esparsas. Leia-se parágrafo aqui, como forma de tabulação, estética textual, como ocorre naquela Constituição comparada. Traduzi.

²⁷⁹ Toda pessoa poderá interpor esta ação para tomar conhecimento de seus dados pessoais suas finalidades que constem em registros ou banco de dados públicos ou privados destinados

tais dados. E o que mais se destaca daquele artigo é a possibilidade de se exigir ainda, a *confidencialidade dos dados*, ou seja, que sejam tratados como tal.

Como informado, as leis infraconstitucionais que regulam a proteção aos cidadãos de seus direitos às informações pessoais são intituladas como *leis de habeas data*. Existem diversas leis provinciais que assim tratam da matéria. A Lei nº 25.326, por sua vez, veio regulamentar o instituto do *habeas data* argentino em âmbito nacional.

Uma das questões levantadas pela doutrina acerca da Lei nº 25.326 é em relação à redação dos artigos 21 e 24, os quais utilizam expressão *obscura e abstrata* sobre a proteção para arquivos privados “que não sejam para uso exclusivamente pessoal”. Dessa forma, anotou-se que “o jogo de palavras dessas normas fez surgir a dúvida de quais são, portanto, os arquivos privados destinados a fornecer informações que se encontram excluídos da obrigação de registro”.²⁸⁰

O mencionado autor, referindo-se à lei citada, considera que essa *vaga referência* poderia dar motivo a *múltiplas interpretações* acerca do problema levantado. Citando Puccinelli, conclui e expõe que, para a doutrina argentina, se o registro exceder o uso pessoal ou particular da pessoa física - aqueles registros a que outrem poderá ter acesso - ainda que seja para uso interno da repartição, entrará na órbita da lei e deverá cumprir com as obrigações de registro por ela estabelecido. Ou seja, a ressalva deve ser vista com cautela, já

a proverem informes e, em caso de falsidade ou discriminação, para exigir a supressão, retificação, caráter confidencial ou atualização dos mesmos. Traduzi.

²⁸⁰ Cf. DELPECH, Horacio Fernandez. Comentario al libro de Oscar Puccinelli: Jornada del 1 de septiembre de 2004 en la librería el ateneo. Disponível em

que a doutrina procurou interpretar tais dispositivos sempre buscando a maior amplitude de proteção ao campo individual.²⁸¹

Em ação de *habeas data*²⁸² de um particular em face do *Citibank N.A.*, a justiça argentina de primeira instância - confirmada pelo Tribunal - ordenou que a instituição financeira conservasse em caráter confidencial os dados pessoais do impetrante e estabeleceu a impossibilidade de cedê-los a terceiros sem o prévio e manifesto consentimento do titular, conforme estabelece o artigo 4º da Lei 25.326.

Em referida demanda, concluiu-se que a instituição financeira não cumpriu com o objeto da proteção estabelecido pelo *habeas data*, uma vez que não forneceu no prazo máximo de dez dias todos os dados de ordem pessoal do impetrante que mantinha em seus arquivos institucionais, conforme estabelece o artigo 15, I da mesma lei. Fundamenta sua decisão no sentido de que a instituição financeira tem utilizado dados pessoais para promoção própria - referindo-se à disponibilidade de tais dados a terceiros como negativação do nome, idoneidade, etc. - ferindo a legislação pertinente que exige prévio consentimento do particular.

Leia-se: *"el tratamiento de datos es lícito sólo cuando el titular hubiera prestado su consentimiento previo e expreso, salvo las excepciones legales"*²⁸³ e ainda em fundamentação da decisão, o tribunal anotou *"los datos no pueden*

<http://www.habeasdata.org/horacio_delpech/comentario_al_libro_Sepiembre_14?_ateneo>. Acesso em 20/05/2007. Traduzi.

²⁸¹ *Ibidem*. Traduzi.

²⁸² Cf. Caso S. v Citibank s/habeas data. Enviado por pap el Lun, 2006-05-29 15:47. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 22/11/2005, "S., C. c. Citibank N.A." Disponível em <<http://www.habeasdata.org/Salvador-v-Citibank>>. Acesso em 20/05/2007.

²⁸³ "O tratamento de dados somente será lícito quando o titular houver prestado seu consentimento prévio e expreso, salvo as exceções legais". Traduzi.

ser usados para fines distintos o incompatibles con aquellos que motivaron su obtención".²⁸⁴

Mencionada decisão, por seu turno, ordenou ainda, “fossem remetidas cópias da decisão à Direção Nacional de Proteção de dados pessoais do ministério da justiça, seguridade e direito humanos da nação”. Em citação de Pablo Palazzi, asseverou o magistrado que “A lei argentina adotou o princípio geral conhecido como *opt in* pelo qual o titular dos dados deve dar seu consentimento para que o tratamento dos mesmos seja legítimo, isto é, para que seus dados ingressem na base de dados de forma legal.”²⁸⁵

Por fim a decisão em referência ressaltou que a lei regulamentadora do *habeas data*, segue os delineamentos da Diretiva 95/46/CE do Parlamento europeu e do Conselho europeu. Por tal motivo, afirma que “la Comisión de las Comunidades Europeas consideró que la República Argentina garantiza un nivel adecuado de protección legal para la transferencia de datos personales”.²⁸⁶

Entre as constatações acerca do instituto argentino, merece destaque a utilização do *habeas data* para remoção de fotos da base de dados da polícia, o que demonstra o caráter amplo que a norma veio tutelar.²⁸⁷ Outra peculiaridade daquele instituto é a possibilidade de haver pedido coletivo em

²⁸⁴ Idem. “Os dados não podem ser usados para fins distintos ou incompatíveis com aqueles que motivaram sua obtenção.” Traduzi.

²⁸⁵ A obra citada em fundamentação de sentença se refere a PALAZZI, Pablo. **La protección de los datos personales en la Argentina**. Buenos Aires: Ed. Errepar, pág. 42, referida no Caso S. v Citibank s/habeas data. Idem. Traduzi.

²⁸⁶ Idem. “A Comissão das Comunidades Europeias considerou que a República Argentina garante um nível adequado de proteção legal para a transferência de dados pessoais”. Traduzi.

²⁸⁷ Cf. Publicação eletrônica: Argentina - Provincia de Río Negro. Expte. nro. S.3 06 147. Juzgado de instruccion em lo criminal y correccional n. II de San Carlos de Bariloche (Rio Negro) – 23/06/2006 (Sentencia firme). Habeas Data. Derecho a remover fotos em álbum policial. Imagen y fotografia. Derechos personalisimos. Discriminacion. Disponível em

ação de *habeas data*. É o que se extrai do julgado pela Câmara Nacional de Apelações da Argentina.²⁸⁸

Essa possibilidade distingue em substância o *writ* argentino do brasileiro. No ordenamento jurídico brasileiro, não há possibilidade de impetração de *habeas data* coletivo. Nem está prevista tal hipótese, já que o *writ* no Brasil tem cunho estritamente pessoal, vale dizer, de caráter personalíssimo.

A doutrina argentina alerta para o fato de existirem, ainda, muitas questões a serem solucionadas²⁸⁹ no que tange ao *habeas data* e à regulação da informação econômica e financeira e que as lacunas, seja no legislativo, seja no judiciário, reclamam urgentemente regulamentações legais.²⁹⁰

Pablo Palazzi ressalta que, da interpretação literal do artigo 43 da Constituição da Argentina, poder-se-ia dizer que “el hábeas data sólo procede frente a la existencia de falsedad o discriminación. La respuesta adecuada a esa objeción pasa necesariamente por una valoración constitucional previa (34)”.²⁹¹

Assim, como garantia constitucional, o *habeas data* deve ser visto como uma nova forma de garantir o cidadão e seus plenos direitos fundamentais na sociedade, a qual se encontra cada vez mais informatizada. Dessa forma, sustenta o autor, a norma deve ser interpretada em consonância com o tempo

<http://www.habeasdata.org/Habeas_Data_para_remover_fotografias_de_base_de_datos_de_la_policia>. Acesso em 18/03/2007.

²⁸⁸ Cf. La cámara comercial admite el habeas data colectivo. J. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, *Union de usuarios y consumidores c/ Citibank s/ sumarísimo*. Sentencia firme. Buenos Aires, 12 de mayo de 2006. Disponível em <http://www.habeasdata.org/habeas_data_colectivo>. Acesso em 20/05/2007.

²⁸⁹ Cf. PALAZZI, Pablo. Habeas data y derecho al olvido. In: **Jurisprudencia Argentina**, 1997-I-33. Disponível em <http://www.habeasdata.org/derecho_al_olvido>. Acesso em 20/05/2007.

²⁹⁰ Idem.

²⁹¹ Idem. “O *habeas data* procede-se somente frente à existência de falsidade ou discriminação. A resposta adequada a essa objeção passa necessariamente por uma valoração constitucional prévia, artigo 34.” Traduzi.

e com a realidade atual, uma vez que “en una sociedad de la información como la que vivimos, debemos tomar conciencia de que el hábeas data está destinado a evitar los peligros que el manejo irregular de la información puede generar”.²⁹²

Conclui-se de todo o exposto que, muito embora o Constituinte não tenha intitulado o instituto do *habeas data* como tal, o legislador infraconstitucional, bem como a doutrina é unânime em dizê-lo. Portanto, a Argentina se aproxima substancialmente do *habeas data* previsto no artigo 5º, inciso LXXII da Constituição Federal do Brasil.

4.1.4 BOLÍVIA

A Bolívia integra os países da América Latina onde se encontra o instituto do *habeas data* como ação constitucional, assim como no ordenamento jurídico do Brasil.

O constituinte previu a ação de *habeas data* no artigo 23, I, da Constituição da Bolívia visando a proteção do cidadão perante os arquivos de dados pessoais, ressaltando, além do direito fundamental à *intimidade*, o direito à *privacidade pessoal e familiar, imagem, honra e reputação*, reconhecidos pela Constituição.

²⁹² Idem. “Em uma sociedade de informação como a que vivemos, devemos tomar consciência de que o *habeas data* está destinado a evitar os perigos que o manejo irregular da informação pode gerar”. Traduzi.

O inciso IV do artigo em comento estabelece que não caberá ação de *habeas data* para a revelação de segredo de matéria da imprensa, ou seja, ainda que previsto o instituto de *habeas data*, o cidadão dele não poderá se utilizar quando se exigir o segredo profissional, por exemplo, do jornalista que publicou algum artigo que lhe feriu a honra, intimidade, ou outro direito fundamental tutelado pela Constituição. Utilizar-se-á outra ação que não a do *habeas data*.

No Brasil, o instituto do *habeas data* criado na Constituição de 1988 foi regulamentado somente em 1997, pela Lei 9.507, de 12.11.1997. Durante todo esse período em que permaneceu sem texto infraconstitucional que regulamentasse o procedimento, a doutrina e a jurisprudência – como anteriormente informado – usaram por analogia, o procedimento do mandado de segurança para a trâmite do *writ*. O Constituinte da Bolívia, por sua vez, previu que o *habeas data* iria se reger pelo mesmo procedimento da ação de *amparo*. É o que determina o item V do artigo 23 da Constituição. Leia-se:

El recurso de *Habeas data* se tramitará conforme al procedimiento establecido para el Recurso de Amparo Constitucional previsto en el Artículo 19º de esta Constitución. (*Artículo modificado por Ley Nº 2410 del 8 de agosto, 2002.)²⁹³

Com isso, evitou-se que o instituto ficasse à mercê da jurisprudência e da doutrina para ser processado, o que viabilizou, desde o início, a efetividade jurídica do *writ* na Bolívia, ao passo que no Brasil, como visto no capítulo II do presente estudo, foi a jurisprudência que enformou o procedimento que seria adotado, no caso, o mesmo do mandado de segurança.

O instituto do *habeas data* da Bolívia protege o direito, não só de ordem pessoal, como também as informações que afetarem a família do impetrante, alargando, ainda mais, o campo de atuação daquele *writ*, enquanto que no Brasil, possui estritamente órbita personalíssima, não se estendendo para o âmbito familiar a proteção advinda do instituto de *habeas data*.

4.1.5 CHILE

O Chile não prevê em seu ordenamento constitucional o instituto do *habeas data*. Contudo, a Lei nº 19.628²⁹⁴ que se intitula como *lei da proteção da vida privada*, veio para, entre outras peculiaridades, estabelecer que os direitos fundamentais em relação à vida privada deverão ser respeitados nos termos estabelecidos por referida lei.

De maneira didática, em seu artigo 2º, a lei estabelece o que se entende por armazenamento de dados, comunicação ou transmissão de dados e, em especial, o significado de dados sensíveis, na alínea “d”, do artigo 2º de mencionada lei, como sendo aqueles dados pessoais que se referem às *características físicas ou morais das pessoas, fatos ou circunstâncias*, “de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen racial, las

²⁹³ “A ação de *habeas data* se tramitará conforme o procedimento estabelecido para a Ação de Amparo Constitucional prevista no artigo 19º desta Constituição”. Traduzi.

²⁹⁴ Cf. Ley n. 19628 sobre la proteccion de la vida privada, Del 30.08.1999, fecha de promulgación: 18.08.1999, Fecha Publicación: 28.08.1999. Disponível em http://www.habeasdata.org/chile_leydeprivacidad_19628, acesso em 02.04.2007.

ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual”.²⁹⁵

Da mesma forma como estabelece o artigo 43 da Lei argentina 25.326, a lei chilena determina que o tratamento dos dados pessoais poderá ocorrer somente quando autorizados por lei e *se expressamente autorizados pelo titular*, que deverá ser devidamente informado de qual propósito será o armazenamento de tais dados referentes à sua pessoa. Enfaticamente, ressalva, ainda, que o titular dos dados deverá ser informado sobre possível comunicação destes a terceiros.²⁹⁶

Ainda em comparação ao instituto argentino, também estabelece que deverão os dados pessoais ser eliminados ou cancelados quando houverem “caducado”²⁹⁷, igualando-se nesse quesito à doutrina argentina que assim o defende.

Referidas peculiaridades mostram não só a aproximação do *writ* ao ordenamento argentino, mas também ao instituto brasileiro. Dessa forma, prevê o artigo 12 daquela lei, “que toda pessoa tem direito de exigir a responsabilização dos bancos de dados pessoais, sejam públicos ou privados quando referidos dados sejam errôneos, inexatos, equívocos ou incompletos, bem assim exigir sejam modificados e corrigidos”.²⁹⁸

Estabelece ainda o mencionado artigo que a *modificação* e a *eliminação* dos dados serão absolutamente gratuitas, devendo ser entregues ao titular dos dados cópias do registro alterado ou de sua inexistência. Não obstante,

²⁹⁵ Idem. “De sua vida privada ou intimidade, tais como os hábitos pessoais, a origem racial, as ideologias e opiniões políticas, as crenças ou convicções religiosas, os estados de saúde físico ou psíquicos e a vida sexual”. Traduzi.

²⁹⁶ Idem

²⁹⁷ Cf. artigo 6. da lei 19628.

estabelece que o titular poderá também exigir cópias sempre que houver quaisquer alterações no novo registro.

O caráter de direito fundamental está lançado no artigo 13 daquela lei, ao fixar que “el derecho de las personas a la información, modificación, cancelación o bloqueo de sus datos personales no puede ser limitado por medio de ningún acto o convención”.²⁹⁹

Conclui-se, portanto, que, no ordenamento constitucional chileno, em que pese não ter previsto o instituto do *habeas data* como um *writ*, os cidadãos poderão socorrer-se na proteção de seus direitos fundamentais em relação aos dados pessoais lançados em arquivos públicos ou privados, por meio da lei em referência, a qual veio para a efetiva proteção jurídica do direito à informação e da vida privada.

4.1.6 COLÔMBIA

A Colômbia, assim como o Chile, não previu em seu ordenamento constitucional o instituto do *habeas data*. Entretanto, incluiu no capítulo dos direitos fundamentais a proteção à *intimidade pessoal e familiar*, bem assim, o direito de retificação dos dados em arquivos públicos ou privados, e intitula a ação regulamentada pela Lei 863/2003 de *habeas data*.

Ou seja, o constituinte deixou a cargo do legislador infraconstitucional a regulamentação da ação de *habeas data*, com respaldo na Constituição

²⁹⁸ Idem. Traduzi.

²⁹⁹ Idem. “O direito das pessoas à informação, modificação, cancelamento ou bloqueio de seus dados pessoais não podem ser limitados por meio de nenhum ato ou convenção”. Traduzi.

colombiana, prevista no título II, capítulo I, destinados à proteção “dos direitos, das garantias fundamentais e dos deveres”, a qual estabelece no artigo 15 que “toda pessoa tem direito a sua intimidade pessoal e à sua honra e o Estado deve respeitá-las e garanti-las.” De modo igual determina que o indivíduo, “terá o direito a conhecer, atualizar e retificar as informações que se encontrem em banco de dados e arquivos públicos ou privados.”³⁰⁰

O instituto do *habeas data* colombiano é regulamentado pela Lei 863/2004.

A doutrina conceitua o *habeas data* colombiano como sendo “una acción constitucional que permite acceder a los datos personales registrados en bancos de datos”.³⁰¹ Palazzi afirma que referida ação é uma resposta aos problemas que a *informática* tem ocasionado, ao possibilitar acumulação de dados pessoais em arquivos eletrônicos, levando os Constituintes da América latina a incluírem em seus ordenamentos pátrios “una garantía contra los abusos del ‘poder informático’. Esta garantía que se denominó *habeas data*, permite acceder a los datos personales y corregir informaciones erróneas, desactualizadas o discriminatorias”.³⁰²

Percebe-se que, em termos de conceituação, a doutrina do *habeas data* colombiano aproxima-se em muito do instituto brasileiro, notadamente no que se refere ao “acesso de dados pessoais e correção de informações errôneas e

³⁰⁰ Disponível em: <<http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>> acesso em 13.04.2007. Traduzi.

³⁰¹ Cf. PALAZZI, Pablo. **Comentario al libro El Habeas Data en Indoiberoamérica, de Oscar Puccinelli**. Disponível em <http://www.habeasdata.org/pablopalazzi_el_habeas_data_en_indoiberoamerica>, acesso em 20/06/2007. “Uma ação constitucional que permite o acesso aos dados pessoais registrados em banco de dados”. Traduzi.

³⁰² Idem. “Uma garantia contra os abusos do poder informático. Esta garantia que se denominou *habeas data* permite acessar os dados pessoais e corrigir informações errôneas, desatualizadas ou discriminatórias”. Traduzi.

desatualizadas”. Ademais mostra-se pormenorizado que aquele instituto vai além da redação empregada no Brasil ao *habeas data* para incluir “desatualizadas ou discriminatórias”.

Contudo, os objetos a serem tutelados pelos institutos colombiano e pátrio são os mesmos: a proteção do direito à informação de caráter pessoal dos arquivos da administração pública.

A Corte Constitucional colombiana decidiu, em ação de *habeas data*, declarar a inconstitucionalidade do artigo de lei que previa a possibilidade de a direção de impostos remeter ao serviço de central de risco, equivalente ao serviço de proteção ao crédito S.P.C., no Brasil, dados dos contribuintes em débito com o Estado. Referida decisão demonstra que a utilidade do instituto naquele país vai além do “acesso a dados de ordem pessoal”. Dessa forma, o magistrado fundamentou sua decisão decalorando “inexeqüível o artigo 31 da Lei nº 863 de 2003 pelas razões a seguir expostas”:

De inicio, se debe recordar las razones por las cuales el constituyente de 1991 optó por establecer el derecho fundamental al *habeas data*. Pues bien, el constituyente de la época pensó en la posibilidad de que los ciudadanos fueran informados acerca de los datos registrados sobre si mismos y la facultad de corregirlos, esto con el fin de proteger la intimidad de las personas debido al asedio de la administración pública, las entidades financieras, educativas, profesionales, etc; en materia de información.³⁰³

³⁰³ Cf. Colombia - Sala Plena de la Corte Constitucional Sentencia C-993/04 Referencia: expediente D-5134 Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 31 de la Ley 863 de 2003 Actor: Karin Irina Kuhfeldt Salazar. Disponível em <www.habeasdata.org/colombia/salaplenaconstitucional_Dem_?inconstitucionalidad_contra_el_art.31_de_la_Ley863>, acesso em 25.03.2007. “De plano deve-se recordar as razões pelas quais o constituinte de 1991 optou por estabelecer o direito fundamental ao *habeas data*. Pois bem, o constituinte da época penou na possibilidade de que os cidadãos fossem informados acerca de seus dados pessoais registrados e na faculdade de corrigi-los, com a finalidade de proteção da intimidade das

E ainda afirmou em fundamentação que “os direitos fundamentais são os pilares fundamentais do princípio democrático de vigência em nosso Estado”. E findou sua decisão asseverando que “o poder constituinte de 1991 reconheceu estes direitos e, por conseguinte, não poderá o poder constituído vulnerar sua essência”.³⁰⁴

Portanto, o ordenamento jurídico da Colômbia reconhece o instituto de *habeas data*, não como *writ* especificamente falando, mas como ação infraconstitucional regulada pela Lei 863/2003.

4.1.7 EQUADOR

A Constituição do Equador prevê, em seu artigo 94, o direito dos cidadãos de acesso, retificação e eliminação de dados pessoais que constem em banco de dados, intitulando-o assim como *habeas data*.

Dessa forma, dispõe referido artigo 94 da Constituição:

Art. 94.- Toda pessoa terá o direito ao acesso dos documentos, banco de dados e informes que sobre si mesma, ou sobre seus bens, constem em entidades públicas ou privadas, assim como a conhecer o fim e o propósito a que se referem.³⁰⁵

De início, ressalte-se que o constituinte estabeleceu que o acesso seria não só de dados pessoais, mas também, de informações acerca dos bens

peças devido ao assédio da administração pública, das entidades financeiras, educacionais, profissionais, etc., em matéria de informação”. Traduzi.

³⁰⁴ Idem. Traduzi.

³⁰⁵ Traduzi.

personais que se encontrem documentados em banco de dados ou informes *públicos* ou privados. Além disso, é importante destacar a segunda parte desse parágrafo em que se estabelece *conhecer o uso* e quais os *propósitos* de tais arquivos.

Ou seja, o cidadão terá o direito ao acesso de seus dados pessoais e relativos a seus bens e exigir, ainda, os propósitos a que se destinam tais arquivos. Essa ressalva diferencia o instituto equatoriano do *writ* brasileiro de *habeas data*, uma vez que não há esse tipo de previsão legal no Brasil, nem constitucional, tampouco estabelecido pela Lei 9.507/97 que regulamentou tal *writ*.

A segunda parte do referido artigo constitucional do Equador estabelece também um diferencial em relação ao instituto brasileiro, quando menciona que o cidadão “poderá solicitar perante o funcionário competente a atualização dos dados ou sua retificação, eliminação ou anulação se errôneos ou quando afetarem ilegítimamente seus direitos”.³⁰⁶ Dessa forma, o próprio cidadão, sem interferência de qualquer outro órgão, poderá solicitar diretamente ao funcionário da instância onde constam os registros pessoais a correção de eventuais erros em tais arquivos.

Por fim, o constituinte previu que caberia à lei estabelecer procedimento diferenciado para o acesso aos dados pessoais quando estes se relacionassem com a defesa nacional.

A jurisprudência acerca do *habeas data* no Equador nos revela que, assim como no Brasil, o instituto deverá ser utilizado quando esgotados os meios administrativos ou quando não houver outro meio idôneo para a

obtenção do objeto do pedido. Assim, em ação de *habeas data*, o Tribunal Constitucional do Equador decidiu pela improcedência “de la via elegida” quando o particular utilizou-se do instituto para obter documentos que deveriam permanecer no poder público municipal.³⁰⁷

Em referida decisão, a Corte ainda declara que o *habeas data* protege a moral do homem, sua dignidade, bons costumes da pessoa e seus bens, concedendo o direito a conhecer os documentos, bancos de dados ou informes que existam sobre sua pessoa ou bens, com a possibilidade de o cidadão solicitar ao funcionário correspondente a atualização, retificação, eliminação ou anulação dos dados, se errôneos forem, ou quando afetarem ilegitimamente seus direitos. Mas ressalva que “não pode servir como diligência preparatória de outra ação, ou para anulação ou eliminação de uma obrigação, ou ainda para afetar o sigilo profissional e obstruir a ação da justiça.”³⁰⁸

Além da ressalva levantada, o julgado ainda esclareceu que não caberia àquele instituto para “conhecer documentos que se relacionem à segurança nacional, ou para eliminar dados ou informações que devem ser mantidos em arquivos público ou privados”.³⁰⁹

Ainda que em breves relatos, a exposição do instituto de *habeas data* previsto na Constituição do Equador demonstra grande semelhança ao instituto brasileiro no que tange à proteção do indivíduo perante o Estado ou mesmo entidades de cunho privado, em relação a seus direitos de informações de dados pessoais.

³⁰⁶ Traduzi.

³⁰⁷ Cf. RESOLUCION No. 0113-04-HD Quito, 23 de marzo de 2005. Decisão Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/resolucion.asp?ss=20&id_resoluciones_1188>, acesso em 23/05/2007.

³⁰⁸ Idem. Traduzi.

4.1.8 VENEZUELA

A Venezuela se aproxima do *habeas data* previsto no ordenamento constitucional brasileiro, prevendo no corpo de sua constituição a regra pela qual o cidadão poderá ter acesso a seus dados pessoais com as possibilidades de retificação, destruição e atualização de dados que se fizerem necessários e que afetarem os direitos dos indivíduos. Para a doutrina o artigo 28 é visto como *ação de habeas data*, o qual estabelece que:

Toda pessoa tem o direito de acessar as informações e os bancos de dados sobre si mesma ou sobre seus bens constantes em registros oficiais ou privados, excepcionando as previsões legais, assim como de conhecer o fim a que se destinam, e solicitar perante o tribunal competente a atualização, retificação ou a destruição de referidos dados se errôneos ou se afetarem ilegitimamente seus direitos.³¹⁰

A Venezuela inovou em relação ao instituto brasileiro quando estabeleceu, na segunda parte de mencionado artigo, que os cidadãos poderão não só ter acesso aos dados de cunho pessoal, mas também “a documentos de qualquer natureza que contenham informações cujo conhecimento seja de interesse comum da sociedade ou grupo de pessoas, com exceção do segredo

³⁰⁹ Idem. Traduzi.

³¹⁰ Disponível em: <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>> Acesso em 14-08-07. Traduzi.

da fonte de informações jornalísticas e de outras fontes profissionais que determine a lei”.³¹¹

Ou seja, um misto de direito à informação, previsto no Brasil, no artigo 5º, inciso XXXIII, com o próprio instituto do *habeas data*, o que induz dizer que a denominação de *habeas data* para o artigo 28 da Constituição da Venezuela distancia nesse aspecto do *writ* brasileiro.

Em decisão da Corte Venezuelana, em ação de *habeas data*, verifica-se que o instituto naquele país assemelha-se – nesse caso concreto – ao mandado de segurança no Brasil, no que tange à possibilidade de impetração do *writ* em procedimento penal, ou seja, em face dos órgãos da administração pública responsável pela persecução penal.³¹²

Ponto interessante que o julgado nos traz é que, para a impetração do *habeas data* venezuelano, não é necessário o cidadão estar constituído por um advogado.

Outra questão a ser considerada é a de que, em fundamentação do julgado, a Corte da Venezuela ressalta que a natureza jurídica da ação de *habeas data* tem sido tema de discussão no direito comparado e se tem dito ser “às vezes direito e às vezes ação ou garantia constitucional”, ressaltando que, naquele país, a tendência jurisprudencial é no sentido de considerar o *habeas data* “como uma ação constitucional garantidora do direito do cidadão em retificar, atualizar ou destruir a informação que resulte lesiva de seus direitos”.³¹³

³¹¹ Idem. Traduzi.

³¹² Idem.

³¹³ Idem. Traduzi.

Conclui-se que o instituto venezuelano de *habeas data* parece ser um mecanismo na proteção do indivíduo perante o Estado quando o objeto tutelado é mais do que informações de ordem pessoal do cidadão, ou seja, prevê também o que no Brasil se chamaria simplesmente de direito à informação, conforme determina o artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988.

4.1.9 PERU

O ordenamento constitucional do Peru prevê expressamente o instituto do *habeas data* que também se aproxima em muito do *writ* do Brasil. Com algumas diferenças, o *habeas data* peruano veio, assim como no Brasil, na defesa do indivíduo em face da administração pública em relação aos direitos pessoais e inova quando insere a possibilidade de ser impetrado em face de entidades privadas.

O constituinte este Estado, estabeleceu já no artigo 2º, item 5, da Constituição que toda pessoa tem o direito “a solicitar informações perante qualquer entidade pública no prazo legal, excetuando-se as informações que afetem a intimidade pessoal e aquelas referentes à segurança nacional”.³¹⁴

³¹⁴ Traduzi.

Referida norma não é específica do instituto de *habeas data*. No entanto, o artigo 200 do mesmo ordenamento constitucional, ao fundamentar o *habeas data* reporta-se ao artigo 2º supra mencionado.

O item 6 de referido artigo 2º da Constituição peruana, estabelece que, “os serviços informáticos, computadorizados o não, públicos ou privados, não poderão fornecer informações que afetem a intimidade pessoal e familiar do indivíduo”.³¹⁵

O item 7 do mesmo artigo determina que a proteção da honra, da boa reputação, da intimidade pessoal e familiar assim como da imagem também é direito do cidadão, asseverando o constituinte que “toda pessoa afetada por informações inexatas ou prejudicadas por qualquer meio de comunicação social terá o direito de retificação de forma gratuita, imediata e proporcional ao agravo, sem prejuízos das responsabilidades da lei”³¹⁶. Essa última regra se aproxima do direito esculpido no artigo 5º, inciso V da Constituição Federal do Brasil, ou seja, direito de resposta proporcional ao agravo.

Dessa forma, o artigo 2º da Constituição peruana é formado basicamente de princípios norteadores de diversos direitos individuais assegurados por aquele Estado.

No que tange ao *habeas data* de forma específica, tem-se o artigo 200 da Constituição do Peru que estabelece que “são garantias constitucionais a ação de *habeas data* que se procede contra o ato ou omissão, por parte de qualquer autoridade, funcionário ou pessoa que vulnere ou armazene os direitos a que se refere o artigo 2º, incisos 5, 6 e 7 da Constituição”.³¹⁷

³¹⁵ Traduzi.

³¹⁶ Traduzi.

³¹⁷ Traduzi.

De plano, pode-se perceber que o constituinte cuidou em dizer “se procede contra o ato ou omissão” de autoridade ou funcionário público ou mesmo contra a pessoa (privado). Ou seja, não só previu o fato de haver informações que venha violar os direitos protegidos pela Constituição, como também a *omissão* do órgão ou funcionário em não fazê-lo de maneira correta, alargando ainda mais o campo de atuação daquele instituto.

Outra assertiva que se pode observar é a possibilidade de haver a responsabilidade do órgão ou mesmo da pessoa física pelas inexactidões acometidas em face do indivíduo. É o que se extrai do mencionado artigo 2º, item 7, da Constituição do Peru.

4.1.10 PARAGUAI

O constituinte paraguaio também previu o instituto do *habeas data* no ordenamento jurídico daquele Estado na proteção dos direitos dos cidadãos ante a eventuais abusos por parte da administração pública ou mesmo entidade de caráter privado.

O direito à informação é previsto no artigo 28 da Constituição do Paraguai, o qual estabelece que “se reconhece o direito da pessoa de receber informação veraz, responsável e equânime e que “as fontes públicas de informação são de acesso livre para todos” e também que a lei iria regular as

modalidades, os prazos e as sanções correspondentes, com o fim de tornar tal direito efetivo.³¹⁸

Assim como na Constituição do Peru, o legislador constituinte também previu – na segunda parte do mencionado artigo 28 – o direito *de resposta proporcional ao agravo*, quando estabeleceu que toda pessoa afetada pela difusão de uma informação falsa ou ambígua *tem o direito a exigir sua retificação ou esclarecimentos* pelas mesmas condições empregadas³¹⁹ - como ocorre no artigo 5º, V, da Constituição do Brasil.

O instituto de *habeas data*, por sua vez, está previsto no artigo 135 da Constituição do Paraguai, a qual estabelece que “toda pessoa poderá acessar as informações e dados que sobre si mesma, ou sobre seus bens, constem em registros oficiais ou privados de caráter público, assim como conhecer o fim a que se destina”. E no mesmo sentido dos demais ordenamentos latinos, prevê referida norma que “poderá solicitar perante o magistrado competente a atualização, a retificação ou a destruição de referidos dados, se errôneos ou quando afetarem ilegitimamente seus direitos”.³²⁰

O *writ* deste Estado também busca a proteção, não só individual como também a dos *bens das pessoas* que possam estar envolvidos em registros públicos ou em entidades privadas de caráter públicos, em consonância com o instituto mencionado do Estado do Peru. Ou seja, a proteção vai para além dos dados pessoais e alcançam o próprio patrimônio do indivíduo.

A aproximação do instituto do *habeas data* do Paraguai com o do Peru é grande. Todavia, uma das diferenças que de plano pode ser percebida é que,

³¹⁸ Cf. disponível em <<http://www.tsje.gov.py/legislacion/resolucion/constitucion.htm>>, acesso em 14.08.2007. Traduzi.

³¹⁹ Idem.

naquele país, o cidadão poderá exigir a retificação perante o próprio funcionário da entidade detentora dos dados de ordem pessoal, ao passo que neste, o constituinte determinou que poderá o indivíduo “solicitar perante o magistrado competente a atualização, retificação ou destruição” de referidos informes registrados.

A principal diferença em relação ao instituto brasileiro situa na possibilidade acima mencionada de o indivíduo atualizar, retificar ou mesmo solicitar a destruição das informações lançadas em arquivos públicos ou privados, não só de ordem pessoal mas também aquelas que envolvam seus bens. O *writ* brasileiro não prevê essa ressalva de proteção *dos bens* do indivíduo por meio do *habeas data*.

Enfim, o instituto de *habeas data* previsto na Constituição do Paraguai possui o mesmo objeto do *writ* brasileiro, qual seja, a proteção do indivíduo em face de arquivos de dados, sejam públicos ou privados, que possam macular os direitos fundamentais previstos no corpo constitucional desses Estados.

4.1.11 URUGUAI

O Uruguai não reconhece o instituto de *habeas data* em seu corpo constitucional. Todavia, a Lei 17.838, de 24.9.2004, instituiu referida ação de *habeas data* no ordenamento jurídico deste Estado, o qual se aproxima substancialmente do *writ* brasileiro.

³²⁰ Traduzi.

Assim estabelece o artigo 12 de referida lei que, “toda pessoa terá o direito de impetrar efetiva ação para tomar conhecimento de dados referentes à sua pessoa e de sua finalidade de uso, que constem em registros ou banco de dados públicos ou privados e, em caso de erro, falsidade ou discriminação, a exigir sua retificação, supressão ou o que se corresponda”.³²¹

A ação de *habeas data* no Uruguai, como se pode perceber, também prevê que, além do acesso aos dados pessoais, terá o cidadão o direito de tomar conhecimento da finalidade a que se destinam tais registros públicos ou privados.

A legislação estabelece, ainda, que referente aos dados pessoais cujos registros estejam amparados por norma legal que *consagre o segredo a seu respeito*, caberá ao juiz apreciar o deferimento do pedido de *habeas data* pelas circunstâncias do caso, previsto no artigo 12, segunda parte.

De ordem instrumental, o artigo 14 da mesma lei fixa que, em casos de falecimento do titular dos dados, o exercício do direito caberá aos sucessores, na mesma linha prevista pela lei civil. No Brasil, o instituto do *habeas data* e sua lei regulamentadora não prevê tal hipótese, haja vista ser o direito de acesso aos dados de cunho personalíssimo.

O procedimento do instituto uruguaio de *habeas data* determina celeridade na obtenção e eventual correção ou supressão dos dados pessoais, às pessoas físicas e jurídicas, pelo prazo de 20 dias perante os bancos de dados em que constem tais referências. Transcorrido esse prazo, estará hábil o interessado a ingressar com a ação de *habeas data* propriamente dita, ou seja, assim como no Brasil, exige-se negativa prévia da Administração do banco de

³²¹ Traduzi.

dados no qual estejam inseridos os informes, para, em seguida, ingressar com o *writ*.

Outra peculiaridade do instituto uruguaio é a possibilidade de haver representação na ação do *habeas data*, como ocorre nas demais medidas judiciais. Dessa forma, estabeleceu o artigo 18 da mencionada lei que, “a ação de *habeas data* poderá ser exercida pelo próprio titular dos dados afetados ou por seus representantes. No caso de pessoas jurídicas a ação deverá ser interposta por seus representantes legais”.³²²

Apresentadas algumas particularidades, sem o objetivo de exaurir os aspectos constitucionais e processuais do instituto de *habeas data* uruguaio, conclui-se que o *writ* desse ordenamento jurídico inova em vários aspectos em relação ao *habeas data* brasileiro, especialmente na possibilidade de se exigir quais as finalidades de referidos bancos de dados, bem assim na possibilidade de a pessoa jurídica também integrar o pólo ativo da demanda, ao passo que, no Brasil, sequer há a permissão de o indivíduo promover a ação de *habeas data* por meio de representantes constituídos.

4.2 APONTAMENTOS: DIREITO COMPARADO E HABEAS DATA

Em tempo de finalizar o estudo do *habeas data* no direito comparado, alguns apontamentos são pertinentes no intuito de demonstrar a aproximação de determinados estatutos soberanos no que se refere ao *writ* em estudo, bem assim, demonstrar que outras constituições prevêm categoricamente o instituto do *habeas data* e nos fornecem alguns pontos positivos de avanço e verdadeira proteção do indivíduo perante o Estado.

Inicialmente, destaca-se o distanciamento da Constituição da Espanha na previsão do instituto do *habeas data*, ao menos em termos de remédio jurídico na defesa dos direitos individuais, restando, apenas, menções constitucionais do direito à proteção dos cidadãos espanhóis ante o Estado.

Muitos autores³²³ indicam aquele ordenamento jurídico como o precursor do instituto do *habeas data*, notadamente no que se refere aos artigos 18 e 105. Contudo, a leitura da Constituição espanhola revela a genérica menção à proteção de dados pessoais, ficando a cargo de lei infraconstitucional a efetiva regulação do acesso aos arquivos e registros de referidos dados.

Merece destaque o ordenamento jurídico da Argentina, o qual, apesar de não constar no texto constitucional o instituto do *habeas data*, a ação de

³²² Traduzi.

³²³ Entre eles, WAMBIER, Teresa Arruda Alvin, *op. cit.*, p. 5.; MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. In: **Revista de Direito Administrativo**, *op. cit.*, p. 28 – notas de rodapé; LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. _____, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O *habeas data* no direito brasileiro - Retrospectiva crítica da doutrina e da jurisprudência. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p.249; MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandando de segurança**, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e o controle incidental de normas no direito brasileiro, *op. cit.*, p.270, notas de rodapé.

*Amparo prevista no artigo 43, parágrafo terceiro, da Constituição é, pois, o que a doutrina menciona como sendo o *habeas data*.*

Nesse sentido, Othon Sidou aduz que, entre as inovações trazidas pela última reforma constitucional da Argentina, encontra-se a inserção do *amparo*, o qual, “é complementado por preceito similar ao nosso *habeas data*, e pela consagração de *habeas corpus*. Ao seu turno, a Constituição da Província de Buenos Aires, insere no art. 20 entre as garantias dos direitos constitucionais, o *habeas data*”.³²⁴

Dessa forma, existem alguns aspectos de ordem processual que inovam em relação ao *writ* brasileiro. Exemplo disso é a possibilidade de haver *habeas data* coletivo, ao passo que no Brasil não o é permitido.

Outro ponto importante que ocorre naquele ordenamento, pela análise jurisprudencial, é a materialidade que é dada ao instituto. Ou seja, o alargamento da proteção dada ao indivíduo perante o Estado, como aquele julgado em que se determinou fossem retiradas as fotos de álbum policial. Veja-se: a proteção a que se refere o *habeas data* argentino vai além da proteção de dados pessoais. Dá ênfase nos exatos termos de proteção dos direitos fundamentais.

A Bolívia é outro país que inovou em se tratando de referido *writ*. Como informado anteriormente, encontra-se naquele ordenamento a possibilidade de haver impetração do *habeas data*, inclusive por familiares do interessado. Além disso, assim como na Argentina, o legislador da Bolívia instituiu o procedimento do *Amparo* para reger o instituto do *habeas data*, fazendo com que, desde o

³²⁴ SIDOU, Othon J. M. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular*: as garantias ativas dos direitos coletivos, *op. cit.*, p. 18.

início de sua criação, não houvesse qualquer conflito de procedimento em relação à lei material.

Destaque também merece o instituto do *habeas data* no Equador, pelo qual o cidadão terá direito a não só conhecer dos dados pessoais para eventual correções, como também poderá exigir quais os “propósitos” que são destinados àqueles dados que se encontram em arquivos públicos. Ou seja, vislumbra-se a real intenção de proteger o indivíduo diante da atividade estatal, demonstrando que naquele ordenamento jurídico há a preocupação do legislador para com a intimidade de seus cidadãos.

No Brasil, após a edição da lei regulamentadora do *habeas data*, viu-se surgir a terceira hipótese de impetração do *writ* para eventual justificação. Ponto interessante quando comparado ao instituto da Venezuela, o qual, além de o indivíduo poder tomar conhecimento dos dados pessoais para retificá-los ou destruí-los, também o poderá fazer para **atualizá-lo**.

Assim, não se trata de justificação do porquê de aqueles dados estarem inseridos em arquivo, mas a atualização é, pois, inovadora, uma vez que poderá realizar anotações em determinados arquivos no mesmo sentido de que no Brasil se instituiu a justificação: não para simplesmente conhecê-lo ou retificá-lo, mas sim, realizar anotações em referidos registros.

Enfim, o estudo comparado do instituto do *habeas data* deixa claro e evidente que a maioria dos legisladores da América Latina buscou em referido *writ* a proteção do indivíduo em seus direitos fundamentais e, não obstante se estão previsto no corpo constitucional ou infraconstitucional, a verdade é que o indivíduo possui praticamente o mesmo objeto de proteção do *habeas data* brasileiro, qual seja: a proteção dos dados pessoais em face da atuação da

administração pública e, como visto, em alguns países perante as entidades privadas também, alargando ainda mais o núcleo protetor do indivíduo em relação a seus dados de ordem pessoal.

CAPÍTULO V – ESTUDO SOBRE A UTILIDADE DO *HABEAS DATA*

5.1 – FINALIDADES DO INSTITUTO

Da redação constitucional do Instituto do *habeas data*³²⁵, bem como de sua posterior regulamentação pela Lei infraconstitucional³²⁶, tem-se que as principais finalidades e conseqüentemente utilidades do *writ* podem ser consubstanciadas no direito de o indivíduo conhecer das informações pessoais constantes em registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; o direito de retificá-las, se comprovadamente inverídicas; o direito de justificá-las, contestando-as ou mesmo explicando os motivos de tais registros e, além disso, no *sentido de instrumentalizar ainda mais o instituto, o direito de supressão* de dados, assim entendidos aqueles desnecessários de constarem em registros pessoais.³²⁷

O conjunto de comandos legais, portanto, explicita em suas redações a clareza da finalidade primordial do instituto do *habeas data*, sendo que a última finalidade acima apontada, o direito de *supressão de dados*, será exposta nos próximos parágrafos e, com especial atenção, visto que pode ser considerada inovadora no que tange à instrumentalização do *writ*, dando-lhe, talvez, maior percepção e tangibilidade forense, no sentido de torná-lo mais plausível de sua

³²⁵ Art. 5º, LXXII da Constituição Federal de 1988.

³²⁶ Lei 9507, de 12 de novembro de 1997.

³²⁷ Nesse sentido, BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, *op. cit.*, p. 391.

utilidade nos dias atuais. Ou seja, mesmo após dezenove anos do surgimento do *writ* e de 10 anos da regulamentação do *habeas data* pela Lei 9507/97, poder-se-ia destinar novas funções ao instituto, o qual possui o condão de proteção dos direitos fundamentais.

Flávia Piovesan, no tocante à finalidade do *writ*, anotou que “de um lado, o *habeas data* assegura a publicidade e a transparência dos dados constantes de bancos de dados governamentais ou de caráter público, que devem estar sob o controle estrito dos titulares dos dados”.³²⁸ O fim buscado seria o de evitar abusos e posições arbitrárias em relação aos dados pessoais. Por outro lado, afirma a autora, “tutela o respeito à intimidade e à vida privada da pessoa a que as informações se referem. Esta é a principiologia constitucional que traz a marca da garantia do *habeas data*”.³²⁹

Notadamente, quando o texto legal menciona “conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante”, previsto no artigo 5º, LXII Constituição Federal, torna-se evidente que as finalidades acima apontadas, são estritamente referentes aos dados pessoais do impetrante, ou seja, “não se pretende assegurar o conhecimento de toda e qualquer informação de alcance geral, mas tão somente às informações relativas ao titular de dados (...) relativas à pessoa do impetrante, constante de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.³³⁰

As razões de criação do instituto em apreço remetem-se também à própria finalidade do *writ*. Isso porque o rápido e intenso desenvolvimento de “complexa rede de fichários, mormente eletrônicos, e especialmente sobre

³²⁸ PIOVESAN, Flávia. O *habeas data* e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/97. In: **Habeas data**, *op.cit.*, p. 106.

³²⁹ PIOVESAN, Flávia, *ibidem*.

dados individuais, é que vem constituindo ameaça tecnológica à privacidade das pessoas e a outros bens jurídicos, postos em perigo ou mesmo destruídos pelo uso generalizado de computadores e redes telemáticas”.³³¹

Antes de os computadores terem se tornado ferramenta de trabalho para qualquer empresa, os arquivos eram verdadeiros “fichários”. Os dados eram armazenados em papéis e arquivos físicos nas repartições, o que dificultava as empresas privadas no controle de dados pessoais.

Contudo, hodiernamente, o maior perigo “provém das empresas privadas dotadas de computadores, com a criação de grandes agências privadas e especializadas na coleta de dados pessoais e na elaboração de *dossier* que tem produzido grande impacto em vários países”.³³² Referido problema se instaurou – como não poderia ser diferente – primeiro nos países precursores do desenvolvimento digital. Dessa forma, “nos EUA, são as agências de *Credit Report*, dedicadas a procurar informações sobre a ‘solvência, caracteres, reputação, hábitos e modos de vida das pessoas’, como os Serviços de Proteção ao Crédito (SPC) no Brasil”.³³³

Realmente, ao se pensar nas informações que o Estado possuía antes do surgimento da informática, tais arquivos eram passíveis de possíveis mandados de busca e apreensão, pois eram arquivos materiais.

Mas, com o surgimento dos arquivos e meios eletrônicos, a ameaça à intimidade, à vida privada das pessoas tende a cada vez mais aumentar, bem assim de se concretizar, haja vista a comunicabilidade entre arquivos ser cada vez mais rápida, se não imediata, atualmente em questão de segundos.

³³⁰ PIOVESAN, Flávia, *ibidem*.

³³¹ Cf. SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**, *op. cit.*, p. 53.

³³² Cf. SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**, *ibidem*.

Assim, a tecnologia tão esperada e surpreendente das últimas décadas e especialmente dos últimos anos, possui um contratempo: o perigo da invasão de privacidade e, em se tratando do objeto do *writ* em estudo, o perigo do atentado à intimidade do indivíduo ante os registros de dados de ordem pública, ocorrendo verdadeiro *esquadrinhamento*³³⁴ das pessoas que ficam com sua intimidade verdadeiramente maculada.

Esse perigo que incomoda e persegue a privacidade pessoal é intensificado com a interconexão de “fichários” que possibilitam a formação de grandes bancos de dados – como já ocorre – que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e mesmo sem seu conhecimento. É fácil perceber que daí decorrem *atentados à intimidade* das pessoas pelo uso abusivo e ilícito desses registros pelo apossamento de dados pessoais por meio fraudulento, desleal ou ilegal, pela inserção de “dados sensíveis – assim chamados os de ordem racial, opinião política, filosófica, religiosa, filiação partidária e sindical, orientação sexual etc. –, pela conservação de dados falsos ou com fins diversos dos autorizados em lei”.³³⁵

Muitas vezes, portanto, ocorre o “vazamento” de informações pessoais para outras entidades que não governamentais, incidindo-se, pois, na seguinte problemática: caberia *habeas data* em face de entidades privadas, ainda que provada a origem do banco de dados provenientes de órgãos públicos? Por óbvio, o mandamento constitucional impede o uso do *writ* em face de entidades que não sejam públicas ou de caráter público. Mas, se comprovado que

³³³ Cf. SILVA, José Afonso da. **Mandado de injunção e habeas data**, *op. cit.*, p. 54.

³³⁴ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Habeas data: algumas notas de leitura. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p.76.

³³⁵ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin, *ibidem*.

“determinada entidade privada” possui dados pessoais que não poderia possuí-los, como proceder?

A via ordinária parece ser a mais plausível para resolver essa hipótese. Entretanto, por não ser um *remédio constitucional*, pode-se correr o risco de não se obter o mesmo resultado mandamental que o *habeas data* oferece.

Ressalve-se que a administração pública necessita de dados dos indivíduos para o bom funcionamento do Estado. Todavia, há de se estabelecer um limite para que esses dados sejam disponíveis pelos agentes públicos.

Assim, não é qualquer informação que o Poder Público detenha que poderá ser objeto do *writ*; seria portanto, aquela informação armazenada, fichada, catalogada, que não se confunde com aqueles conhecimentos que a Administração pode possuir sobre alguém como meio legítimo de levar adiante a atuação administrativa. E, nesse sentido, se não houver uma séria justificativa que legitime a posse pela Administração desses dados, eles serão lesivos ao direito à intimidade, assegurado no inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, não se pode transformar a exceção em regra, como muitas vezes ocorre. A Administração, como ente público, necessita de dados dos cidadãos e dos indivíduos situados no Brasil ou sob proteção deste.

No entanto, se a Constituição Federal reza pelo direito à intimidade e, se ao mesmo tempo autorizasse os órgãos públicos a possuírem registros de ordem pessoal de seus indivíduos, “seria um manifesto contra-senso que houvesse o asseguramento constitucional do direito à intimidade, mas que,

concomitantemente, o próprio Texto Constitucional estivesse a permitir o arquivamento de dados relativos à vida íntima do indivíduo”.³³⁶

Pensar o contrário seria realmente autorizar o conflito entre os princípios da Administração Pública e os princípios que regem os direitos e garantias individuais.

Diva Prestes Malerbi³³⁷, explicando a possibilidade de haver, além do conhecimento e retificação dos dados pessoais do impetrante, o direito de cancelamento de tais registros, anotou que, caso não houvesse a possibilidade de serem “extirpados registros ou anotações referentes a esses bens de natureza personalíssima, inócua seria a medida constitucional, especialmente se considerando que eles, exatamente ensejam a possibilidade de sua manipulação pelo Estado ou outras entidades”.

Ou seja, o Estado necessita – imprescindível esse entendimento – de informações de caráter civil de seus entes, mas não de caráter personalíssimo ou sensíveis.³³⁸ Nesse sentido, “pode-se dizer que o mandamento nuclear da norma, na hipótese, é a vedação do registro de dados que extrapolam as informações necessárias à qualificação civil do indivíduo”.³³⁹

Muitas vezes, a burocracia dos órgãos públicos obsta vários pleitos realizados pelos particulares, tornando-se verdadeiras barreiras a serem ultrapassadas. E não é diferente quanto à solicitação de informações de dados pessoais aos órgãos e/ou entidades de caráter público. Dessa feita, o que se constata é “a tendência dos órgãos públicos à restrição e à dificuldade ao

³³⁶ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Habeas data**, *op. cit.*, p. 85.

³³⁷ Cf. MALERBI, Diva Prestes Marcondes. **Perfil do habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 14.

³³⁸ Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Habeas data: algumas notas de leitura. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p.76.

acesso das pessoas às informações; esta atuação é uma constante, um traço mais ou menos acentuado do Estado diante do indivíduo”.³⁴⁰

A Constituição de 1988, ao criar o *habeas data*, veio, pois, alargar o quadro das liberdades públicas, visando a proteção do indivíduo perante o Estado, visto que este, cada vez mais avança no âmbito dos particulares, ferindo, entre outros direitos subjetivos, o campo da intimidade dos mesmos.

O *writ* em estudo é, portanto, o meio adequado para que o indivíduo tenha conhecimento de seus dados na administração pública ou entidade com esse caráter, além de poder o interessado retificá-los ou suprimi-los, além de justificá-los.

Porém, não há de se confundir com ação ordinária, em que no mérito, poder-se-ia discutir as causas, os motivos pelos quais a Administração Pública se pautou para possuir tais registros. Ou seja, o *habeas data* como ação constitucional e de rito sumário especial que é, possui essa primordial finalidade de conhecimento dos dados pessoais do indivíduo. J.J. Calmon de Passos entende que o *writ*

Não é *remédio* processual para tutela do direito à informação. Ele é inadmissível para proteção daquele direito geral à informação previsto no inciso XIV do art. 5º. Como por igual é inadequado para tutelar o direito de se obter informação de caráter particular (que não seja de caráter pessoal) ou de interesse geral. Numa e noutra hipótese, o interessado terá que lançar mão dos instrumentos processuais já existentes e adequados para proteção dos direitos subjetivos, podendo configurar-se, na espécie, a admissibilidade do mandado de

³³⁹ Cf. MALERBI, Diva Prestes Marcondes, *op. cit.*, p.15.

³⁴⁰ GARCIA, Maria. Habeas data: O direito à informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 245.

segurança, de um procedimento ordinário ou especial outro que não o *writ*. Inadmissível sempre o *habeas data*.³⁴¹

O porquê dessa impossibilidade reside no fato de que o instituto do *habeas data* veio para a proteção do indivíduo ante a divulgação de seus dados pessoais à sociedade, ferindo, pois, direitos fundamentais. Aí está a **razão primeira do *habeas data*: a proteção dos direitos individuais** para não serem maculados pelo uso e manipulação indevida de seus dados.

O direito subjetivo que se insere com maior clareza e peso no objeto do instituto em estudo é o direito da intimidade, o qual, como referido linhas atrás, vem sofrendo ataques constantes do uso da informática. Por isso “a preocupação de coibir o abuso na utilização de moderníssimos aparelhos, com seus sofisticados programas, na medida em que consistam na invasão da intimidade do cidadão”, afrontando a sua privacidade com a revelação de dados atinentes a “aspectos ideológicos de sua convicção pessoal e atividades políticas, constantes de registros ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público”.³⁴²

O mesmo pensamento se revela nos dizeres de Sérgio Nojiri, ao declarar que “o *habeas data*, nesse sentido, deve, na medida em que o avanço tecnológico for propiciando meios mais modernos de invasão da esfera privada do cidadão, tornar-se um importante recurso à disposição daqueles que desejam ter acesso a banco de dados ou que queiram retificar registros”.³⁴³

³⁴¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - constituição e processo**, *op. cit.*, p.139.

³⁴² Cf. TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimento da ação do *habeas data*. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p.325.

³⁴³ Cf. NOJIRI, Sergio. O *habeas data* e o direito à autodeterminação informativa. In: **Habeas data**, *op. cit.*, p. 363.

A necessidade do surgimento do *habeas data* conceitua sua finalidade no sentido de que foi preciso surgir um *remédio constitucional* para que o indivíduo possuísse a garantia de “fazer valer em juízo o direito de acesso e eventual modificação de dados a respeito da própria pessoa”.³⁴⁴

Assim, não bastou, para o constituinte de 1988, o direito à informação constitucionalmente previsto no art. 5º, inciso XXXIII, tampouco a possibilidade de o indivíduo lançar mão do mandado de segurança³⁴⁵.

Além do direito de **retificação** que é latente no *habeas data*, a inovação trazida pela Lei 9507/97 é de grande valia, quando autoriza o interessado que, tendo tomado conhecimento de seus dados pessoais constantes em entidades governamentais ou de caráter público, não deseja retificá-los pois são verdadeiros, tampouco excluí-los de tais arquivos, mas deseja tão somente **justificá-los**.

Ora, nem todo arquivo de dados que constem informações pessoais devem ser vistos como **inverídicos**. Existem, no entanto, informações que mesmo antes de serem lançadas em banco de dados, possibilitam o indivíduo saber que assim irá se proceder. É aqui que entra a possibilidade de o interessado lançar mão do *habeas data* para que tais dados em seu nome sejam explicados por *notas de rodapé* inseridas pelo próprio interessado, ou

³⁴⁴ Cf. ROTHERNBURG, Walter Claudius. Réquiem para o *habeas data* : o *habeas data* e a nova Lei 9.507/97. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 373.

³⁴⁵ Nesse sentido anotou-se: “(...) hodiernamente, as condições do mandado de segurança (direito líquido e certo e atos ilegais ou abusivos de autoridade demonstrados de plano) configuravam amarras a empecer a proteção eficiente aos direitos defluentes da personalidade. Era preciso existir um instrumento processual mais singular que o mandado de segurança, para evitar-se que o processo civilizatório atual destruísse de vez a condição de respeitabilidade da pessoa. Uma das formas matizadas pela nova Constituição, para colmatar essa lacuna imperdoável, foi a criação do *habeas data*. Um passo à frente, muito importante, dado pelo direito brasileiro, no longo e árduo caminho da defesa do homem contra as mais

seja, existem situações que podem e devem ser justificadas para não vir a causar maiores constrangimentos à pessoa a que se refere.

A **justificativa** é útil, portanto, para armazenar os efeitos das informações lançadas em banco de dados referentes ao interessado, os quais ocorrem principalmente no âmbito comercial. Não que isso impeça possíveis constrangimentos e não venha ferir outros direitos individuais – como dignidade, honra e imagem – mas, em sendo assim, tais informações estariam de certa forma “protegidas” por razões de ordem fática que, por vezes, vêm para assegurar o indivíduo de tais constrangimentos.

Esta segunda finalidade do *writ*, portanto, é de se louvar, uma vez que traz maior segurança, diga-se, social, ao interessado e inclusive propicia *certo conforto* para o mesmo.

Além da retificação e justificação dos dados, tem-se, ainda, a possibilidade de haver a “**supressão**” de tais informações sobre o indivíduo nos arquivos pessoais. Assim, o objeto do *habeas data*, como visto, é a retificação de dados. Essa expressão deve ser entendida em sentido *latu sensu*, para incluir a própria supressão, quando se tratar de informações pertinentes à vida íntima da pessoa. Celso Ribeiro Bastos entende ser possível levar mais adiante ainda a supressão. Nesse sentido, este autor se refere às hipóteses em que os dados pessoais não mantêm qualquer relação com as finalidades autorizadas em lei para a coleta destes pelo órgão em que se encontram, e menciona que “é preciso reconhecer que o possuir dados pessoais, embora úteis em determinados campos da atuação administrativa,

modernas formas de limitação dos direitos fundamentais”. Cf. MALERBI, Diva Prestes Marcondes, *op.cit.*, p. 7; 32 e ss.

como é o caso da atividade policial, ainda assim essa posse há de ser vista sempre como algo excepcional.”³⁴⁶ Enfatiza que o referido controle não poderá limitar-se apenas a levar a efeito a correção de dados lançados de maneira incerta, mas “terá de entrar no mérito da posse daquela qualidade de dados. Não custa nada lembrar que o Estado de direito marca sua atuação pelo cunho da impessoalidade e da igualdade”.³⁴⁷

É importante essa ressalva feita pelo autor no sentido de se alertar o caráter excepcional de o Estado possuir dados de seus particulares, para que sempre fique à vista a distância da máquina administrativa e dos direitos individuais que protegem as pessoas, se assim não for, a exceção passa a ser vista como regra que, aos poucos, vai alargando o campo de intromissão da administração pública em detrimento dos direitos declarados como fundamentais.

Isso reafirma a finalidade do instituto do *habeas data*, que vai além do mero acesso às informações sobre o interessado ou a possibilidade de retificação de dados: “é verdadeira proteção aos direitos e garantias fundamentais, consubstanciada na proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem, inviolabilidade de dados, entre outros.”³⁴⁸

Nessa mesma linha de reflexão, deve-se atentar para o fato de que, em se tratando do mandamento constitucional do *habeas data*, este envolve a proibição a quaisquer apontamentos de ordem pessoal, “concernentes à pessoa enquanto tal, e, nessa conformidade, encontra-se a possibilidade de

³⁴⁶ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, *op. cit.*, p. 391

³⁴⁷ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra, *ibidem*.

³⁴⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Remédios constitucionais**. Bauer/SP: Manoele, 2004, p. 307.

fazer retirar dos registros qualquer anotação que venha implicar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, subjacente à vedação constitucional a essa espécie de apontamentos”.³⁴⁹

Com efeito, essa interpretação traz ao *habeas data* maior amplitude em seu objeto e, por conseguinte, amplia também sua finalidade, quando se verifica que, na prática forense, muitos casos serão não de *mero conhecimento ou retificação dos dados pessoais do interessado*, mas também para conhecê-los e suprimi-los, se inverídicos, caluniosos ou desnecessários.³⁵⁰

O instituto ora em estudo merece um olhar de interpretação não apenas formal e positivista, como se tratou na Constituição de 1988. Necessita de ir além: interpretá-lo como direito humano de proteção à intimidade, aos dados pessoais, sob pena de se cair em mero formalismo que o judiciário por muitas vezes adota, extirpando de vez aquele instituto que poderia sim ser considerado verdadeiro avanço na proteção do indivíduo em seus direitos fundamentais, notadamente aqueles que englobam a honra, a imagem, a intimidade, a informação e própria dignidade humana.

Deve-se lembrar que, como bem anotado, “há juízes que, por convicção ou interesse pessoal, são cúmplices de governos, pessoas e grupos privados violadores de direitos humanos e, a partir daí, protetores dos agentes diretos da violação”. No que se infere dizer: muitos simplesmente “não reconhecem como um dever jurídico o respeito às normas de direitos humanos, ou exigem

³⁴⁹ Cf. GARCIA, Maria. Habeas data: o direito à informação, o direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas - um perfil constitucional. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, *op. cit.*, p. 231. No mesmo sentido, vide MALERBI, Diva Prestes, *op. cit.*, p. 14.

³⁵⁰ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007, p.39.

requisitos formais absurdos quanto à comprovação das violações e da autoria”.³⁵¹

Não obstante o exposto como “finalidades do *habeas data*”, em cada item que se subdividir o novel instituto, encontrar-se-á como **núcleo** de seu surgimento o acesso à informação, ou seja, sua maior finalidade é, pois, a **instrumentalização do direito à informação**: o próprio acesso às informações pessoais por meio desta ação constitucional.

5.2 – BREVE ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE E EFETIVIDADE DO *HABEAS DATA*

O tema de eficácia jurídica e social é demasiadamente amplo e, por questões metodológicas, esse subitem se restringirá tão somente às informações *latu sensu*, situando o leitor à problemática levantada acerca da aplicabilidade e conseqüente eficácia social do *habeas data*. Assim, não se pretende esgotar o tema, mas sua breve apresentação é de grande importância para a verificação da eficácia do *habeas data*.

Cabe destacar, ainda que, para o estudo aprofundado acerca do tema de efetividade, seria necessária uma investigação ampla e minuciosa, ressaltando os conceitos de *existência* do ato jurídico, *validade*, e o da *eficácia*. Contudo, nesta instância não é possível o referido aprofundamento.

³⁵¹ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu, *ibidem*.

Cumpra, no entanto, anotar algumas ponderações em relação a essa classificação. Assim, *a existência* do ato jurídico relaciona-se com os elementos que o constituem, geralmente, objeto, agente e forma. A *validade*, por sua vez, decorre do preenchimento de certos requisitos legais, ou seja, direcionados pela lei, sendo que a falta de um desses elementos *invalidaria* dito ato. A *eficácia* se traduz na sua aptidão para a produção de efeitos jurídicos, *para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias*.³⁵²

Dessa forma, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, se exigível ou não, se executável ou inexecutável, não importando os efeitos práticos, não importando se a sociedade o pratica ou não. Vale dizer: a eficácia jurídica significa a aptidão jurídica da norma, independentemente se referidos efeitos foram ou não produzidos. Por seu turno, a *efetividade* ou *eficácia social* necessita da aferição da norma perante a sociedade, se de fato foi praticada pela sociedade, se produziu efeitos práticos para além da posituação *existente, válida e eficaz* da norma. São conceitos próximos e, na visão de Kelsen, *permitem certa conexão*.³⁵³

Apresentadas as ressalvas acerca do tema, para iniciar o estudo propriamente dito da quarta classificação supra mencionada – *eficácia social* – apresentar-se-á a **vacância normativa** do *habeas data*, desde sua criação até sua regulamentação infraconstitucional, em 1997.

Assim, o remédio jurídico em apreço foi instituído na Constituição de 1988 e sua regulamentação por lei ordinária ocorreu apenas em 1997, pela Lei

³⁵² Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, *op. cit.*, p. 78. Acerca do assunto vide ainda, AZEVEDO, Antonio Junqueira. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**, 1986, citado por Luís Roberto Barroso, *ibidem*.

³⁵³ Cf. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, *op. cit.*, p. 11-12.

nº 9.507, de 12 de novembro daquele ano, ficando, pois, sem regulamentação por todo esse período.

A problemática que se apresentará nos próximos parágrafos refere-se justamente à **aplicabilidade jurídica** – portanto, reportando-se às três classificações iniciais – do instituto nesse período em que permaneceu sem regulamentação infraconstitucional, para após, aferir se o instituto é **socialmente eficaz** – quarta classificação referida – verificando a jurisprudência da última instância recursal brasileira.

Nesse passo, não obstante o longo período em que o novo instituto do *habeas data* ficou “órfão” de legislação ordinária, o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição federal, ainda que de maneira óbvia, determina que *as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Ou seja, independentemente de legislação ordinária ter regulado ou não a matéria, a aplicabilidade é imediata.

Luís Roberto Barroso declara que “no nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida.” Mas assevera que sempre existe um *antagonismo* entre a norma editada (dever-ser) e o *ser* da realidade social. Realmente, não fosse esse eventual *antagonismo*, seria desnecessária a edição formal de determinada regra. Isso porque a própria sociedade acataria *socialmente* a norma.³⁵⁴

Logo, os direitos e as garantias individuais podem e devem ser aplicados de plano. O *habeas data*, como tal, também não deixou de ser aplicado por ausência de legislação específica que o regulamentasse. Como visto, à falta de

³⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 80.

lei material, foi-lhe aplicado subsidiariamente o procedimento específico do mandado de segurança até novembro de 1997, quando então a Lei nº 9.507 regulamentou o procedimento do *writ* de *habeas data*.

A propósito do tema, José Afonso da Silva assinala que “por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata”³⁵⁵ e aduz que o judiciário não poderá deixar de aplicar referidas normas, “conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.”³⁵⁶

De fato, foi o que ocorreu com o instituto do *habeas data* quando da utilização do procedimento do mandado de segurança antes da específica legislação de nº 9507/97, a qual veio regulamentar aquele remédio jurídico.

Com a edição da lei regulamentadora do instituto do *habeas data*, superou-se a problemática de aplicabilidade da norma juridicamente válida e prevista no corpo da Constituição de 1988. Cabe então problematizar se houve ou não eficácia social do *writ* brasileiro de *habeas data*.

Na classificação de Konrad Hesse, a relação da Constituição *jurídica* com a realidade é o que possibilita o desenvolvimento da norma eficazmente social. Assim, a “Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar a pretensão dessa eficácia”.³⁵⁷

Dessa forma, o conjunto de *possibilidades e limites* da realização dessa eficácia insere-se num contexto amplo de interdependência.³⁵⁸ Explica Hesse que o Estado não pode ser construído de forma abstrata e apenas teórica, pois

³⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.165.

³⁵⁶ SILVA, José Afonso da, *ibidem*

³⁵⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991, p.16.

se assim o fosse, a *Constituição jurídica* não poderia emprestar forma e modificação à realidade. A força vital e “a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva.”³⁵⁹

Essa idéia remete à sentença de que a denominada *força normativa* da Constituição não implica em tão somente moldar de maneira inteligente a Constituição a “um certo dado”. Implica em se transformar em *força ativa* onde a Constituição – em que pese não poder por si só realizar tarefas – impõe determinadas tarefas para que possa, então, sair do plano abstrato para a realidade e aí sim transformar-se em força ativa.

Ou seja, a partir do momento em que a Constituição implicar no cumprimento efetivo de suas normas, transformar-se-á em força ativa, uma vez que irá se instaurar na mente de quem deva cumpri-la, a *vontade de Constituição*.³⁶⁰

Luís Roberto Barroso, citando o autor supra referido, completa o sentido do exposto ao mencionar que “os grandes autores da atualidade referem-se à necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia ante as circunstâncias de cada caso”.³⁶¹

De fato, a Constituição deve ser vista como os demais ramos do direito público ou privado: existe para valer, existe para *realizar-se*.³⁶² Dessa forma a

³⁵⁸ HESSE, Konrad, *ibidem*.

³⁵⁹ HESSE, Konrad, *ibidem*.

³⁶⁰ HESSE, Konrad, *idem*, p. 19.

³⁶¹ BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 240. O autor cita a obra de Konrad Lesse, **La interpretación**, in **Escritos de derecho constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 50-1.

³⁶² Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 202.

constituição também almeja a efetividade e não se trata apenas de uma norma “hierarquicamente superior”. Assim, sob o ângulo subjetivo, “efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado”.³⁶³

A idéia de que o direito constitucional consubstancia ramo do direito político – apenas político – desvincula-se da conduta humana e não atinge seu real objetivo. Correto então afirma que “a Constituição compõe-se de normas. Nelas estão exigências à conduta humana, ainda não a essa conduta mesma; elas permanecem letra morta e nada produzem se o conteúdo daquelas exigências não passa à conduta humana”.³⁶⁴

Kelsen, por seu turno, explicita que:

como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada.³⁶⁵

Enfim, uma norma pode ser perfeitamente aplicável, vigente e eficaz, mas pode não trazer a efetividade esperada para a sociedade pela qual foi

³⁶³ Cf. BARROSO, Luís Roberto, *ibidem*.

³⁶⁴ Cf. HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 47.

³⁶⁵ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**, *op. cit.*, p. 11.

criada. Isso ocorre quando referida norma não se concretizou pelo comando normativo almejado, não operou sua força no mundo dos fatos.³⁶⁶

Adolfo Mamoru Sishiyama, ao comentar a criação dos *writs* pelo constituinte, assevera que “para que os direitos e as garantias fundamentais tenham não só eficácia jurídica, mas, também, eficácia social, a própria Constituição Federal prevê mecanismos para o seu cumprimento.”³⁶⁷

O subitem seguinte visa a análise jurisprudencial a fim de verificar-se a utilização do instituto do *habeas data* no Brasil, concluindo pela eficácia ou ineficácia social do mesmo. Para tanto, a busca dos julgados será feita perante o Supremo Tribunal Federal, a mais alta Corte de Justiça brasileira.

5.3 – ANÁLISE JURISPRUDENCIAL PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A análise do *habeas data* perante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal possui o condão de se analisar a eficácia social do *writ* brasileiro. A metodologia buscada é a verificação por classe processual. Dessa forma, será comparado o número de julgados do *writ* em estudo com os demais julgamentos efetuados pela mais alta corte de justiça do país, com o intuito de demonstrar o rumo inicial do *habeas data* e sua seqüência jurisprudencial.

³⁶⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, *op. cit.*, p.82.

³⁶⁷ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Remédios constitucionais**, *op. cit.*, p.4.

A pesquisa foi realizada por intermédio do *Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário*, gerenciado pelo Supremo Tribunal Federal³⁶⁸ onde se pôde ter acesso, inclusive, ao primeiro julgamento de *habeas data* após sua previsão na Constituição Federal de 1988, julgado em 13 de outubro de 1988, portanto no oitavo dia de vigência da Constituição Federal e conseqüentemente da criação do *habeas data*.

Referido julgado já traduzia o que viria a ser o destino do *habeas data* no Brasil: um remédio constitucional praticamente ineficaz.³⁶⁹

Trata-se de *habeas data* processado sob o nº 1-6/DF, impetrado por Wilson Afonso Kopp Santos em face do Ministro chefe do Serviço Nacional de Informações – SNI, comandado pelo General Ivan de Souza Mendes, para que lhe fosse assegurado o direito de conhecimento dos dados referentes à sua pessoa, constantes no Serviço Nacional de Informações.

A causa de pedir e o objeto consistiram no fato de que o impetrante ingressou no quadro de carreira do Banco do Brasil S/A., em setembro de 1957, sendo lotado na agência de Bagé/RS. Em 24 de agosto de 1964, o impetrante foi demitido sumariamente pela temida “resolução superior” da Comissão Geral de Investigações, órgão federal de criação do Decreto nº 53.897/64. Em 1980, o impetrante conseguiu retornar ao seu posto de trabalho, tendo em vista ser beneficiado pela anistia consagrada pelo Congresso Nacional, baseado na Lei nº 6.683/79 e, posteriormente, aposentou-se.

Por tais motivos, o impetrante – após o retorno por meio da anistia – alegou ter certeza de que sua demissão foi resultado de um ato de “expurgo”

³⁶⁸ Disponível em: <http://www.stf.gov.br/bndpj/tribunaissuperiores/STJ3B.asp>, acesso 11/07/07, 01:40 hs.

³⁶⁹ Leia-se: ineficácia social, conforme classificação realizada no subitem anterior.

do quadro de carreira daquele banco, motivo pelo qual ingressou com o *writ* de *habeas data* em face do Ministro Chefe do Serviço Nacional de Informações para a obtenção de seus dados constantes naqueles arquivos, com o fim de instruir ação ordinária indenizatória movida em face da União, requerendo a reparação de danos sofridos pela demissão arbitrária.

O impetrante não instruiu seu pedido com o documento que comprovasse a negativa em âmbito administrativo, fundamentando referida omissão, que, em face do noticiário que vinha sendo divulgado pelos principais órgãos de imprensa do país, os quais publicavam que o Ministro Chefe do Serviço Nacional de Informações, havia declarado que se reservaria a fornecer apenas informações que, a seu exclusivo critério, não fossem por ele consideradas “sigilosas”.

Antes do conhecimento do *writ*, o Ministro relator Néri da Silveira submeteu a matéria ao Plenário para que fosse apreciada questão de ordem com o fim de se declarar a competência para julgamento da causa. O Plenário, por unanimidade, não conheceu do *habeas data* por entender que o Supremo Tribunal Federal não seria competente para julgar o *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, remetendo-o ao Tribunal Federal de Recursos até que se estabelecesse o Superior Tribunal de Justiça, o qual seria então o competente para aquele tipo de julgamento.

A ementa de referido julgado retrata esses fatos. Veja-se:

EMENTA: Habeas-data. Habeas-data contra ato de Ministro de Estado. Competência originária para o processo e julgamento, do Superior Tribunal de Justiça. Ao STF compete julgar, em recurso ordinário, o habeas data, decidido, em única instância, pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão. Constituição de 1988, arts. 102, II, letra “a”; 105, I, letra “b”.

Normas transitórias e omissão no texto constitucional. Até a instalação do Superior Tribunal de Justiça, a competência para processar e julgar, originariamente, o habeas data contra ato de Ministro de Estado deve ser atribuída ao Tribunal Federal de Recursos. Motivação. Habeas data não conhecido, determinando-se a remessa dos autos ao Tribunal Federal de Recursos.

Dessa forma, o primeiro julgamento do *habeas data* restou prejudicado por questões de ordem, não conhecendo o Supremo Tribunal Federal do referido *writ*, pois só caberia julgamento naquela Corte por Recurso Ordinário, se denegatória fosse a decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Em seu voto, o Ministro Néri da Silveira atentou ao fato de que o Superior Tribunal de Justiça ainda não havia sido criado e, em referência ao artigo 27 do Ato das Disposições Constitucional Transitórias, a então recém promulgada Constituição Federal de 1988 estabelecia, *in verbis*:

Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob o Presidência do Supremo Tribunal Federal.

§1. Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente.

Assim, tecnicamente e em matéria de competência, poderia o Supremo Tribunal Federal conhecer e julgar os *habeas data* em sede originária até ulterior criação do Superior Tribunal de Justiça. Contudo, o Ministro optou por remeter o *writ* ao Tribunal Federal de Recursos, instruindo seu voto com o parágrafo 7º do referido artigo 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual previu que:

Até que se instalem os Tribunais Regionais Federais, o Tribunal Federal de Recursos exercerá a competência a eles atribuída em todo o território nacional, cabendo-lhe promover sua instalação e indicar os candidatos a todos os cargos da composição inicial, mediante lista tríplice, podendo desta constar juízes federais de qualquer região, observado o disposto no § 9º.

Ou seja, ainda que houvesse omissão constitucional quanto à competência para julgar e processar *habeas data* interposto em face de Ministro de Estado, o artigo 27 do ADCT, em seu parágrafo primeiro, é claro e conciso em determinar a competência prévia do Supremo Tribunal Federal para julgar a matéria até que fosse criado o Superior Tribunal de Justiça.

Contudo, preferiu o Supremo Tribunal Federal estabelecer e “construir” solução à questão de competência em matéria de *habeas data*, quando interposto em face de Ministro de Estado, apegando-se ao parágrafo sétimo do artigo 27 do ADCT supra referido, ao passo que poderia resolver a matéria pelo parágrafo primeiro do mesmo artigo 27 do ADCT, avocando-lhe a competência para o processamento e julgamento de referidos *writs*.

Ora, como exposto anteriormente em subitem destinado à origem do *writ* em estudo, o Serviço Nacional de Informações – SNI foi o maior responsável pela criação do *habeas data*.

O Serviço Nacional era presidido por Ministro Chefe, logo, a competência para processamento e julgamento de ações impetradas em face de Ministros, pelo disposto nos artigos supra citados, deveria ser do Superior Tribunal de Justiça e, enquanto não fosse criado esse Tribunal, caberia ao Supremo o processamento e julgamento de tais ações, incluindo o *habeas data*, o que não ocorreu.

É essa a crítica que se faz em relação ao primeiro *habeas data* julgado pelo Supremo Tribunal Federal, no qual esta Corte praticamente se absteve, por questões de ordem, do julgamento do novo *writ*.

Ademais, outros 48 (quarenta e oito) *habeas data* foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, no período compreendido entre 1988 a setembro de 2007. Ou seja, passados praticamente dezenove anos da instituição do *writ* no Brasil, apenas 49 (quarenta e nove) *habeas data* foram julgados pelo Supremo, ao passo que, em números gerais, no mesmo período analisado, aquela Corte julgou exatos 1.107.463 (um milhão, cento e sete mil, quatrocentos e sessenta e três) julgados – assim entendidos por classe processual.

A proporção sequer precisa ser demonstrada em percentual. Basta a simples análise para se ver a discrepância entre os números dos julgados. Portanto é inegável que durante o período em que vigorou o *habeas data*, sua eficácia social perante a mais alta Corte de justiça brasileira restou prejudicada.

Atente-se que não se quer com referida análise jurisprudencial perante o Supremo Tribunal Federal, afastar as decisões dos outros tribunais estaduais, tampouco do Superior Tribunal de Justiça, os quais também processaram e julgaram ações *habeas data*.

Todavia, como demonstrado, um dos fatos motivadores da criação do instituto, senão o maior deles, foram os abusos cometidos pelo Serviço Nacional de Informações em relação aos cidadãos brasileiros durante o período do regime militar. Considerando que esse Serviço era chefiado por Ministro do governo, inicialmente, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 27 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, impetrou-se *habeas data* perante o Supremo Tribunal Federal, sendo, contudo, não conhecido em

razão da declaração de incompetência para o julgamento. Além disso, configura o Supremo Tribunal Federal a mais alta corte de justiça do Brasil, outro motivo pelo qual se analisou aquela jurisprudência.

Portanto, da análise jurisprudencial acerca do instituto do *habeas data* acima apresentada, a conclusão a que se chega é a de ineficácia social do instituto para o ordenamento pátrio, em que pese ser útil aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Avaliando as argumentações apresentadas no decorrer do presente estudo, tem-se que o instituto do *habeas data* é um remédio constitucional genuinamente brasileiro, por muitos considerado desnecessário, mas, como demonstrado, poderia ter sido mais bem utilizado pela doutrina e jurisprudência brasileira, como o foi em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros na proteção dos direitos humanos fundamentais.

Criado na Constituinte de 1988, após a derrocada do regime militar, viu-se que o instituto do *habeas data* buscava a proteção dos dados pessoais constantes dos arquivos e banco de dados do Estado. Visava a abertura de referidos arquivos de cunho pessoal, nos quais não configuravam apenas e tão somente dados necessários à administração pública mas em referidos arquivos, encontravam-se informações personalíssimas de cunho político, convicção religiosa e expressão de ideais de cada cidadão que representasse alguma ameaça ao regime militar instaurado em 1964.

O estudo demonstrou que a necessidade de proteção do indivíduo perante o Estado está alicerçada no próprio movimento constitucionalista, vale dizer, instituidor do *Estado de direito*.

Para se chegar a tal conclusão, foi necessária a exposição das conquistas liberais ocorridas especialmente no final do século XVIII, no intuito

de situar o leitor no contexto histórico em que ocorreu a constitucionalização do Estado.

Assim, a correlação do instituto do *habeas data* com a história dos direitos humanos não se restringe apenas à compilação de idéias e conceitos; desta feita a pertinência e o registro da luta ocorrida no movimento constitucionalista há mais de dois séculos, a qual deve ser compreendida historicamente sob pena de, em não o fazendo, ser apenas uma construção de citações e *recitações* de idéias não fundamentadas.

Constatou-se que o estudo do surgimento do *Estado de direito* exige que se destaque da história a luta do indivíduo em detrimento da figura déspota do absolutismo do rei.

Dessa forma, os fatos analisados revelaram que aqueles revolucionários que tiveram o apogeu no final do século XVIII não lutavam contra a figura propriamente dita do rei, mas contra o absolutismo deste. Há de se estabelecer essa imprescindível diferença, caso contrário, não se conseguiria estudar os motivos pelos quais os franceses, mesmo após a conquista da revolução liberal, admitiram continuar sendo governados por monarquia.

Portanto, aquela figura do “rei soberano” tornou-se absoluta e déspota a ponto de ser necessária a luta comandada pela *burguesia*, e que desembocou na mais famosa das revoluções, a *Francesa*, na qual se lutou pelos direitos não só de uma classe ou grupo isolado, mas foi uma luta de todos pelos *direitos do homem e do cidadão*, direitos *universais, inalienáveis, imprescritíveis* e, ideologicamente, *naturais e absolutos*.

Desse ponto em diante, registrou-se que os franceses, liderados pelo abade Sieyès, apregoaram no continente Europeu – excluindo-se a Inglaterra,

que teve sua história à parte – a conquista da liberdade que lhes foi tolhida pelo rei e, para tanto, procuraram substituir o rei pela lei, surgindo, assim, a necessidade de instituir um documento formal, escrito e que lhes desse poder absoluto para combater o então e único poder absoluto: o poder do rei.

Esse documento formal e escrito foi denominado *Constituição*, o qual traz, no frontispício – para deixar claro e inquestionável – a declaração dos direitos recém conquistados. Ou seja, a apresentação dessa declaração dos direitos do indivíduo na página de rosto do novo documento não foi mero capricho dos revolucionários: serviu-lhes para, de fato, declarar o próprio indivíduo na sociedade, com o fim maior de garantir o que se acabava de conquistar: *a liberdade*.

Referida declaração buscou dar efetividade àqueles direitos na proteção do indivíduo perante o Estado. É exatamente nesse ponto que se expôs o surgimento do Estado de direito.

Assim, contra o governo absoluto, deveria ser instituído – por meio do outro extremo – também um poder absoluto – *a Constituição* – que lhes desse poder capaz de solucionar a representatividade do indivíduo na sociedade: *garantir a correção da representação*, palavras de Sieyès, um dos maiores lutadores da constituinte francesa.

A demonstração dessa necessidade de proteção do indivíduo perante o Estado foi correlacionada, no segundo capítulo do trabalho, com a necessidade do surgimento do instituto do *habeas data*.

Dessa forma, a Constituinte brasileira de 1988, após a vitória contra o regime militar instituído em 1964, o qual açoitava os direitos individuais, se viu na necessidade de ver declarado o direito de o indivíduo ter acesso a seus

dados pessoais constantes dos registros públicos, para efetivamente vê-los corrigidos se necessário fosse. Vale lembrar que os bancos de dados foram instituídos pelo então regime militar com o objetivo principal de perseguição política dos indivíduos que fossem contrários ao sistema imposto.

Ressaltou-se na pesquisa o momento político jurídico pelo qual o Brasil passava quando da constituinte de 1988, bem como a necessidade de instituição do remédio constitucional do *habeas data*. Talvez, não para simplesmente declará-lo, mas para verdadeiramente instituir um direito integrante da construção humana na sociedade.

Ora, os direitos e as garantias individuais estudados no primeiro capítulo demonstraram que, das lutas revolucionárias e conquistadas no final do século XVIII, restaram, como um de seus frutos, as Declarações de Direitos. O *habeas data* é, pois, fruto da necessidade histórico-brasileira de proteção do indivíduo perante o Estado. Esse foi o âmago de sua criação na constituinte de 1988.

Ademais, demonstraram-se no segundo capítulo os instrumentos constitucionais que visam a defesa dos direitos humanos perante o Estado. Referidos instrumentos, por vezes conceituados como garantias ativas, outras vezes ações constitucionais, ou mesmo remédios constitucionais, foram postos à disposição dos indivíduos na incessante luta de guarda de seus direitos fundamentais.

Ressalvou-se o caráter instrumental dessas garantias junto ao direito comparado, com o objetivo inicial de situar o leitor da existência de referidos *writs*, para então se caminhar ao terceiro capítulo da pesquisa, o instituto do *habeas data* propriamente dito, um dos *writs* colocados à disposição do

indivíduo para fazer valer seus direitos fundamentais estampados na Constituição brasileira de 1988.

Apresentados os capítulos iniciais e preparatórios para o estudo do *habeas data*, o terceiro capítulo inicia-se com ressaltando que este *writ* é um remédio constitucional genuinamente brasileiro criado pelo constituinte de 1988, o qual visou a salvaguarda do indivíduo em face de seus dados pessoais constantes de registros ou banco de dados de caráter público.

Ênfase foi dada ao aumento da invasão de privacidade do indivíduo na sociedade contemporânea, pois, com o surgimento da informática e a instituição da rede mundial de computadores, a invasão de dados pessoais aumentou de forma significativa, atingindo cada vez mais o núcleo de proteção almejado pelo *writ* em estudo.

Dessa forma, constatou-se que, além do momento político que o Brasil vivenciava quando da instituição do *habeas data*, a sociedade contemporânea, de fato, também reclama essa proteção.

Ao final do terceiro capítulo, da análise da lei regulamentadora do *habeas data*, concluiu-se que algumas inovações foram trazidas e, inclusive, ampliaram o campo de atuação do instituto, notadamente em relação à possibilidade de justificação da inserção dos dados pessoais em determinado arquivo público ou de caráter público.

Com efeito, por meio de referida legislação ordinária, foi suprida a necessidade de analogia ao procedimento de impetração do *writ*, pois, antes de sua regulamentação, utilizou-se dos mesmos princípios do mandado de segurança, aumentando por todo o período vacante, a proximidade deste

instituto ao *writ* de *habeas data*, dando ensejo às críticas em relação à sua desnecessidade.

Foi registrado também que a Lei nº 9.507/97, regulamentadora do instituto do *habeas data*, cuidou de tratar, ainda, do procedimento administrativo ou extrajudicial de conhecimento dos dados pessoais e sua eventual correção em justificção dos dados.

Algumas críticas foram apresentadas a referido procedimento, como exemplo, a falta de previsão de sanção àqueles que não cumprirem o disposto em referida legislação ordinária.

No entanto, como ficou demonstrado, a grande contribuição trazida por tal regulamentação foi a possibilidade de justificção daquelas inserções constantes dos registros de dados pessoais. Essa inovação avança na proteção material do indivíduo, o qual tem chance de, no mesmo sentido do contraditório, defender-se de tais inserções.

Sem embargos, expôs-se também que a criação do *habeas data* poderia ter contribuído em muito para a proteção do indivíduo diante da máquina estatal e entidades de caráter governamental, inclusive, e por que não, perante entidades privadas que detêm muitas informações de ordem pessoal dos indivíduos brasileiros.

Ademais, demonstrou-se essa necessidade de controlar os bancos de dados de caráter pessoal **em relação às entidades privadas**, como ocorre no direito comparado e ainda desconhecido pelo Brasil, uma vez que, hodiernamente muitas empresas de diversos ramos da economia possuem banco de dados com informações de caráter pessoal, altamente prejudiciais à honra e imagem do indivíduo, ferindo, inclusive, sua dignidade.

Nesse ponto do trabalho, no capítulo terceiro, procurou-se delinear os aspectos processuais do instituto do *habeas data* por meio da análise da Lei nº 9.507/97, a qual regulamentou referido *writ*.

Demonstrou-se que a doutrina e a jurisprudência tenta aclarar os conceitos ambíguos trazidos pela lei regulamentadora supra citada, notadamente em relação às expressões “registros ou banco de dados de caráter público”, bem assim se a expressão “entidades governamentais” já não englobaria aqueles cadastros de empresas privadas que, por seu porte e atividade que exercem, poderiam seus bancos de dados ser considerados de caráter público.

Assim, para uma parte da doutrina, o caráter público dos bancos de dados deve ser encarado como a real possibilidade de terceiros ter acesso a referidos dados pessoais, ainda que esses bancos de dados estejam sob as responsabilidades de empresas privadas. É justamente pela quantidade de pessoas que tenham acesso a tais dados e possibilidade de circulação de tais que os tornam de “caráter público”.

Contudo essa é uma construção doutrinária e não se concretizou, ainda, na jurisprudência. Espera-se, talvez seja essa a maior contribuição do presente trabalho, que a doutrina se encarregue de lutar para o alargamento do conceito de “banco de dados”, fazendo com que as empresas privadas que detenham informações de cunho pessoal capazes de se transmitir a terceiros, sejam equiparadas ao conceito de “caráter público” enquadrando-se no direito de *habeas data*, o que aumentaria consideravelmente a abrangência desse instituto que se defende ser útil, porém, nos moldes aplicados, ineficaz.

O capítulo quarto abordou o direito comparado em análise específica do *habeas data*, no intuito de verificar se de fato outras Constituições e respectivos ordenamentos alienígenas trataram do mesmo *writ* de criação brasileira.

Para tanto e em termos de delimitação do estudo, analisaram-se alguns ordenamentos da América Latina, dada a maior proximidade em relação ao *habeas data* brasileiro, uma vez que muitos de seus países passaram, como o Brasil, por regimes de exceção e ditatoriais, onde as declarações de direito são supridas por decretos autoritários, tolhendo qualquer direito fundamental do cidadão.

Dessa forma, verificou-se que determinados institutos soberanos, por vezes, prevêm o *writ* do *habeas data* e outros, em legislação ordinária, regulam o direito ao acesso a dados pessoais, com algumas nuances e diferenças pertinentes, mas sempre com o mesmo objetivo principal: a proteção do indivíduo perante o Estado.

Algumas considerações de ordem procedimental foram apresentadas nesse capítulo, expondo que a experiência comparada nos revela avanços relacionados à proteção da intimidade do indivíduo cujos dados possam ser inseridos em arquivos e “ficheiros”.

Desta feita, mereceram destaque os ordenamentos da Argentina, Bolívia e Equador, os quais revelam determinados diferenciais no que se refere ao direito material protegido pelo *writ*, como possibilidade de acesso por familiares e não apenas pelo interessado; amplitude no campo de proteção do objeto do *writ*, enfim, alargando de maneira positiva o núcleo de proteção do *habeas data*.

Chegando-se ao término do estudo, o capítulo quinto se iniciou com o estudo da utilidade do instituto do *habeas data*, ficando demonstrado, pela análise da doutrina, em que pesem algumas opiniões em contrário, o *writ* é útil aos direitos fundamentais estampados na Constituição brasileira. Entretanto, com a breve explanação de efetividade e eficácia social, pôde se concluir que não basta a norma ser declarada como vigente, efetiva e executável perante um sistema jurídico se a mesma não conquistar eficácia social.

É nesse ponto que o estudo do *writ* revelou que perante o Supremo Tribunal Federal, o *habeas data* praticamente é tido por inexistente. Ora, basta a análise superficial dos números apresentados de julgados por classe processual para se concluir pela não aplicação do instituto na mais alta Corte de justiça brasileira.

Dessa forma, evidenciou-se que o *habeas data* é considerado um instituto útil na proteção do indivíduo diante do poder estatal, sem, contudo, possuir a eficácia social almejada quando de sua criação pela Constituição de 1988.

A proteção buscada pelo *habeas data* talvez não tenha alcançado sua efetividade social exatamente pela falta de crédito dado a referido instituto, ao passo que os ordenamentos estrangeiros, como demonstrado, procuraram dar instrumentalização necessária ao *writ* visando o indivíduo em primeiro plano e protegendo-o da intervenção estatal e no âmbito privado na compilação de seus dados pessoais.

É nesse sentido que se espera tenha contribuído o presente trabalho para a busca de maior amplitude ao *writ* de *habeas data*, o qual se defende ser útil em outros ordenamentos jurídicos justamente pela instrumentalização dada

ao mesmo, o qual se defende também que possa vir a ser útil ao ordenamento jurídico brasileiro, caso seu objeto seja ampliado para englobar, não só o direito de o indivíduo ter acesso a dados pessoais perante entidades governamentais, mas também, o direito ao acesso de dados constantes em empresas privadas, na busca de efetiva proteção ao tratamento de referidos dados pessoais.

Finalmente, após a apresentação das conclusões por capítulo, resta dizer que o estudo apresentou a correlação do *habeas data* com os direitos humanos, notadamente no que tange à necessidade histórica, não poderia ser diferente, da luta pelos direitos individuais, iniciada antes mesmo das grandes revoluções liberais do final do século XVIII. Vale enfatizar que a opção por essa didática histórico-conceitual visou exatamente situar o leitor no único fundamento em que se pode afirmar qualquer que seja a tese: o histórico-conceitual.

Referências bibliográficas

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data**. 2. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 11. ed., rev. atual., São Paulo: Saraiva, 2007.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millenium, 2008.

_____. **Direitos Humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **Estado de direito e estado de legalidade**. São Paulo: [s.n.], USP, 2006.

_____. **Liberdade e contrato: a crise da licitação**. 2. ed. Piracicaba: Unimep, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e garantias fundamentais. In: **A Constituição brasileira de 1988 e seus problemas**. São Paulo: LTR, 1997.

_____. Habeas data. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed., rev. atual. 2. vol., São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. **Thomas Hobbes**. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações**. Tradução de Cristiana Serra, Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BOMFIM, B. Calheiros. (Org.). **Constituição da República Portuguesa**. Rio de Janeiro: Destaque, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Teoria do estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BURNS, Edward Mcnall. **História da civilização ocidental**. Tradução de Lourival Gomes Machado e Lourdes Santos Machado. 2. ed. 10. impr. Porto Alegre: Globo, 1970.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed., Rio de Janeiro: Agir, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Habeas data: algumas notas de leitura. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COSTA, Elcias Ferreira. **Comentários breves à Constituição federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Os writs na Constituição de 1988**: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data, habeas corpus, ação popular. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**: Arts. 5., LXVIII a LXXVII, a 17. V. II, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. O Estado de direito e as medidas provisórias. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 654.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DOTTI, René Ariel. O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 30. ed., ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Estado de direito e Constituição**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA PINTO. **Comentários à Constituição brasileira**. v.1. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Curso de direito constitucional**. 9. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Teoria e prática do mandado de segurança**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

FLAKS, Milton. **Mandado de segurança**: pressupostos da impetração. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GARCIA, Maria. Habeas data: O direito à informação. O direito fundamental à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas. Um perfil constitucional. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual brasileiro**. 17ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. In: _____. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmur de Souza Queiroz. São Paulo: Saraiva, 1953.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. da 20. ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. 21. ed. rev. Rio de Janeiro: LTC, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Breves anotações à Lei nº 9.507/97. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 750.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. _____, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. O habeas data no direito brasileiro - Retrospectiva crítica da doutrina e da

jurisprudência. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MALERBI, Diva Prestes Marcondes. **Perfil do habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MEDINA, José Miguel Garcia. Análise dos requisitos exigidos pela lei 9.507, de 12.11.1997, para a interpretação do habeas data – constitucionalidade, natureza jurídica e tentativa de sistematização. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandando de segurança**, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental e o controle incidental de normas no direito brasileiro. 30. ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; *et al.* **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. 1. ed. 2. tirag. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito constitucional**. 2. ed. Tomo I. Coimbra: Coimbra Limitada, 2000.

_____. O regime dos direitos, liberdades e garantias. In: **Estudos sobre a Constituição III**. Lisboa, 1979.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**: tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22. ed. 2. tir. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O *habeas data* brasileiro e sua lei regulamentadora. In: **Revista de Direito Administrativo**, vol. 211, Rio de Janeiro, jan/mar 1998.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Remédios constitucionais**. Baueri/SP: Manoele, 2004.

NOJIRI, Sérgio. O habeas data e o direito à autodeterminação informativa. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Instrumentos brasileiros de defesa e participação dos administrados. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 677.

_____. **Mandado de segurança e controle jurisdicional: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data - Constituição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PELUSO, Lúcia de Toledo Piza. **A revolução biológica e os direitos humanos**. 2001. 1 vol. Dissertação de Mestrado em direito. Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2001.

PIANCENTIN, Antônio Isidoro. **O habeas data: a utilidade do instituto para proteção do direito à intimidade**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Piracicaba/SP, 1998.

PIOVESAN, Flávia. O habeas data e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/97. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

QUARESMA, Regina. **O mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REMÉDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A constituição americana: dois séculos de direito comparado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990.

ROTHERNBURG, Walter Claudius. Réquiem para o habeas data : o habeas data e a nova Lei 9.507/97. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Edipro, 2000.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos fundamentais no direito administrativo**. 2006. 1 v. Tese de Doutorado em direito. Universidade de São Paulo – USP, 2006.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SEGATO, Antonio Carlos. **O instituto do habeas data: aspectos constitucionais e seus reflexos na legislação ordinária**. Leme/SP: Editora de Direito, 1999.

SIDOU, J. M. Othon. **Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

_____. **Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular: as garantias ativas dos direitos coletivos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Mandado de injunção e habeas data**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. I, p. 330.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Processo e procedimento da ação do habeas data. In: **Habeas data**. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O princípio Constitucional da igualdade e o direito do consumidor**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2002.

WALD, Arnoldo. FONSECA, Rodrigo Garcia da. O habeas data na Lei 9.507/97. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 35, nº 137, Brasília, jan/mar 1998.

Referências disponíveis na web:

El Habeas Data e derecho a remover fotos em álbum policial. Disponível em <http://www.habeasdata.org/Habeas_Data_para_remover_fotografias_de_base_de_datos_de_la_policia>. Acesso em 21.5.2007.

BARROS, Sérgio Resende de. **Função do Senado no controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br>>. Acesso em 24.3.2007.

Caso S. v Citibank s/habeas data. Disponível em <<http://www.habeasdata.org/Salvador-v-Citibank>>. Acesso em 20.5.2007.

Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 31 de la Ley 863 de 2003. Disponível em <http://www.habeasdata.org/colombia/salaplenaconstitucional_Dem_?insconstitucionalidad_contra_el_art.31_de_la_Ley863> Acesso em 25.03.2007.

DELPECH, Horacio Fernandez. **Comentario al libro de Oscar Puccinelli:** Jornada del 1 de septiembre de 2004 em la libreria el ateneo. Disponível em <http://www.habeasdata.org/horacio_delpech/comentario_al_libro/sepirembre14?_ateneo>. Acesso em 21.4.2007.

El habeas data colectivo. Disponível em <http://www.habeasdata.org/habeas_data_colectivo>. Acesso em 30.3.2007.

Ley 4244 - Habeas Data – Chubut. Fecha de Sanción: 5/12/1996. Disponível em <http://www.senado.gov.ar/web/interesconstitucion/cuerpo1.php>. Acesso em 14.5. 2007.

HOESCHL, Hugo César. O Conflito e os Direitos da Vida Digital. Disponível em <<http://www.mct.gov.br/legis/consultoriajuridica/artigos/vidadigital.htm>>. Acesso em 01.03.2006.

Ley nº 19628 sobre la proteccion de la vida privada, Del 30.08.1999, fecha de promulgación: 18.08.1999, Fecha Publicación: 28.08.1999. Disponível em <http://www.habeasdata.org/chile_leyde_privacidad_19628>. Acesso em 02.04.2007.

PALAZZI, Pablo. Comentario al libro El Habeas Data en Indoiberoamérica, de Oscar Puccinelli. Disponível em <http://www.habeasdata.org/pablopalazzi_el_habeasdataen_indoiberoamerica> Acesso em 20/06/2007.

PALAZZI, Pablo. Habeas data y derecho al olvido. In: Jurisprudencia Argentina, 1997-I-33. Disponível em <http://www.habeasdata.org/derecho_al_olvido>. Acesso em 21.3.2007.

Site oficial do governo da Argentina. Endereço eletrônico <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>. Acesso em 21.3.2007.

Site oficial do governo da Bolívia. Endereço eletrônico <http://www.presidencia.gov.bo/leyes_decretos/constitucion_estado.asp>. Acesso em 21.5.2007.

Site oficial do governo da Colômbia. Endereço eletrônico: <<http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>>. Acesso em 13.04.2007.

Site oficial do governo da Venezuela. Endereço eletrônico <<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>>. Acesso em 21.5.2007.

Site oficial do governo do Chile. Endereço eletrônico: <http://www.gobiernodechile.cl/constitucion/constitucion_politica.pdf>. Acesso em 21.5.2007.

Site oficial do governo do Equador. Endereço eletrônico: <http://www.tribunalconstitucional.gov.ec/resolucion.asp?ss=20&id_resoluciones_1188>. Acesso em 23.5.2007.

Site oficial do governo do Paraguay. Endereço eletrônico: <<http://www.tsje.gov.py/legislacion/resolucion/constitucion.htm>>. Acesso em 14.08.2007.

Site oficial do governo do Uruguai. Endereço eletrônico <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em 21.3.2007.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)