

A INEXIGIBILIDADE DE PRÉ-REQUISITO EXTRAJUDICIAL COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DE *HABEAS DATA*

Leonildo Bagio*

RESUMO: A ação de *habeas data* prevista no art. 5º, LXXII da CF/88, é um direito fundamental do cidadão conhecer das informações pessoais lançadas em banco de dados de órgãos públicos ou em banco de dados de entidades de caráter público. Este remédio processual constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.507 de 12 de novembro de 1997. O art. 8º, parágrafo único, dessa Lei, estabelece o cumprimento de uma fase extrajudicial, não prevista pelo legislador constituinte, como pressuposto de admissibilidade para o exercício da ação. Este dispositivo legal fere os princípios constitucionais do acesso à justiça e do direito de ação, posto que dificulta a busca da proteção direta no Poder Judiciário. Considerando que a previsão da ação constitucional é direito fundamental, tem-se que o cidadão interessado em obter essas informações poderá fazê-lo administrativamente ou, se pretender, via Poder Judiciário, sendo desnecessário o cumprimento da fase extrajudicial prevista na lei ordinária.

PALAVRAS-CHAVE: *Habeas data* - fase extrajudicial - inexigibilidade.

1. Introdução

O legislador constituinte de 1988, tomado pela inquietude de duas décadas de regime político de exceção em que muitos brasileiros foram investigados pelo serviço de inteligência por suas condutas pessoais, sociais e, sobretudo, por suas convicções políticas contrárias ao regime vigente, culminando com prisões, perseguições, exílio e outros arbítrios, inseriu na Constituição Federal (art. 5º, LXXII), como direito fundamental do cidadão, o remédio processual *habeas data* com a finalidade de possibilitar, ao interessado, o acesso a informações pessoais junto ao poder público ou entidades de caráter público, permitindo a retificação desses dados se, porventura, consarem inexatos.

Instrumentos constitucionais semelhantes ao *habeas data* brasileiro encontram-se na Constituição de Portugal de 1976, na Constituição da Espanha de 1978, na Constituição da Argentina de 1994 (SILVA, 2001, p. 456).

Também o “Freedom of Information Act” de 1974, modificado pelo “Freedom of Information Act de 1978”, adotados pelos Estados Unidos da América, possibilita aos interessados a busca de informações e registros particulares em banco de dados públicos (WALD e FONSECA, 1998).

* Advogado, professor da UNIPAR – Campus Toledo, mestrando em Direito Processual Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – Umuarama - Pr. E-mail: <bagio@unipar.pr>

No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, passando pelo embate doutrinário e jurisprudencial acerca de necessidade ou não de uma legislação infraconstitucional que disciplinasse a utilização do instituto ora em exame, aprovou-se a Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997 (DOU 13.11.97) que “regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*”.

A lei do *habeas data* de 1997 absorveu o entendimento sumulado pelo STJ, nº 2, no qual se estabelecia: “Não cabe o *habeas data* se não houver recusa de informações por parte da autoridade administrativa”. O legislador prescreveu, nos primeiros artigos da Lei, uma fase extrajudicial que deverá ser cumprida para obtenção das informações e posterior retificações, caso necessário, e previu ainda, numa fase posterior, o regramento processual para postular em Juízo mesmas intenções.

Entende-se que há colisão entre os ditames da norma constitucional e da norma infraconstitucional (Art. 5º, incisos LXXII e XXXV da Constituição Federal de 1988, respectivamente, tratam da ação de *habeas data* e do direito de ação e a Lei 9.507/97).

Desta forma, pela análise da ação de *habeas data*, percorrendo a história de sua concepção, o fundamento constitucional e seu alcance, os princípios constitucionais fundamentais, a doutrina brasileira e alienígena, pretende-se ao final sugerir modificação no sentido de que é direito do cidadão a busca de informações a seu respeito e a efetiva retificação dos dados em caso de lançamento equivocado. Para tanto, poderá fazê-lo de forma administrativa ou, se pretender, via processo judicial.

2. O direito à informação no ordenamento jurídico comparado

O *habeas data* foi incorporado nas constituições de diversos países do mundo ocidental após a superação de regimes políticos de exceção em que imperou o arbítrio sobre os direitos e garantias mínimas de dignidade humana.

A inspiração do legislador constituinte dos países que adotaram o *habeas data* como direito fundamental, tem nascedouro nos princípios internacionais estabelecidos em documentos elaborados e aprovados pelas Conferências e pelas Convenções sobre os direitos fundamentais do homem.

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU – São Francisco-EUA 1945) dispõe em seu art. 8º: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”.

No mesmo sentido, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, realizada na cidade de Bogotá, Colômbia, prevê em seu artigo 8º:

Toda pessoa pode se socorrer dos tribunais para fazer valer seus direitos. Para tanto deve dispor de um procedimento rápido pelo qual

a justiça o ampare contra atos de autoridades que violem, em prejuízo seu, algum dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”, estabelece no artigo 25, 1:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a projeta contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação for cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

No mesmo artigo 25, 2, tem-se que:

2. Os Estados-Partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e, c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

Os mandamentos sobre os direitos humanos contidos nos documentos internacionais estabelecidos como orientação, foram recepcionados pelo ordenamento jurídico interno dos países-membros e tiveram reflexos em suas legislações.

A ação de *habeas data* como remédio processual constitucional para obtenção de dados pessoais em instituições públicas ou em instituições privadas que mantêm banco de dados e a possibilidade de retificação desses dados, é um direito fundamental previsto naqueles documentos de recomendação e consta das Cartas Políticas modernas de diversos países.

Na América do Norte, encontra-se o “Freedom of Information Act” de 1974, modificado pelo “Freedom of Information Act” de 1978, adotado pelos Estados Unidos que possibilita ao cidadão norte-americano buscar informações pessoais em banco de dados públicos ou privados para conhecer as informações lançadas.

Na Europa, destaca-se o pioneirismo da Constituição de Portugal, de 1976¹, que estabelece no artigo 35 a ação de *habeas data* como garantia fundamental para conhecer e daí a possibilidade de retificação dos dados pessoais contidos em “ficheiros manuais ou informatizados”. Seguiram-se à Constituição portuguesa e com o mesmo intuito, a Constituição da Espanha de 1978, a Constituição da Holanda de 1983, a

¹ Constituição da República Portuguesa, V Revisão em 2 de abril 1976. “Art. 35. 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o

Constituição da Hungria de 1987 e a Constituição da Suécia de 1990 (ALCALÁ, 2000, p. 268-271).

Na América do Sul, após a inserção da ação de *habeas data* na Constituição brasileira de 1988, implantou-se o mesmo remédio processual nas Constituições: do Paraguai de 1992, da Argentina de 1994, do Peru de 1994, do Equador de 1998, do Chile e da Venezuela, ambas de 1999 (ALCALÁ, 2000, p. 272).

Os anseios dos povos pela democracia centrada nos direitos fundamentais previstos nos documentos elaborados a partir das Declarações e Convenções mundiais acerca dos direitos humanos refletiram-se nos legisladores pátrios quando da elaboração das constituições a partir da década de 70 do século XX.

A maioria dos países membros de organismos internacionais como a ONU (Organização das Nações Unidas) e a OEA (Organização dos Estados Americanos) passaram a adotar, internamente, em leis ordinárias ou na lei maior, os direitos e garantias mínimas do cidadão previstos naqueles documentos e dentre esses mandamentos, o *habeas data* figura como direito fundamental do cidadão à informação dos dados pessoais lançados em arquivos por instituições públicas ou por instituições privadas (ALCALÁ, 2000, p. 273).

3. O Fundamento constitucional do *habeas data* brasileiro

O *habeas data* insere-se como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, assim: “Art. 5º, LXXII – conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa' Constituição da República Portuguesa, V Revisão em 2 de abril 1976. “Art. 35. 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei”.

A norma constitucional referida assegura o direito a todas as pessoas interessadas, a possibilidade de solicitar por meio de processo judicial ou administrativo a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos os seus dados pessoais, para que deles tomem conhecimento e, se necessário, sejam retificados.

Paulo Bonavides (1996, p. 506), ao referir-se ao *habeas data* brasileiro, diz que:

(...) a aplicação e interpretação desse remédio constitucional se cristaliza historicamente na consciência da sociedade brasileira uma reação jurídica do constituinte a violações, manipulações e excessos perpetrados em matéria informativa pessoal por entidades governamentais da ditadura ao longo de décadas de exercício do poder autoritário, sem limites.

José da Silva Pacheco (1995, p. 276), historiando sobre a ação de *habeas data*, leciona que várias decisões judiciais, antes da vigência da Constituição de 1988, já admitiam a utilização do mandado de segurança, com a finalidade estabelecida hoje para o remédio processual ora em estudo. Tanto é que até o advento da Lei 9.507/97, que regula o direito postulativo, o procedimento utilizado pelos Tribunais era o mesmo estabelecido para o Mandado de Segurança (Art. 24 da Lei 8.028/90).

No intervalo de tempo entre 1988 e 1997, embates doutrinários e jurisprudenciais, versando sobre a necessidade ou não de negativa dos órgãos públicos ou entidades de caráter público como pressuposto para o ajuizamento da ação de *habeas data*, freqüentaram as pautas dos estudiosos do direito e dos magistrados.

A Súmula 2, do Superior Tribunal de Justiça, apaziguou doutrinadores e órgãos jurisdicionais firmando pela necessidade de negativa da via administrativa para justificar o ajuizamento do *habeas data*. O interesse em agir a essa ação constitucional residia em documento que comprovasse a relutância dos detentores das informações em fornecê-las ao interessado.

A decisão do STF – Pleno, em Recurso de *habeas data* nº 22/DF, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello – RTJ 162/807, foi no seguinte sentido:

(...) o acesso ao habeas data pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse em agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional. A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência de ação constitucional do habeas data.

Assim, ante as sentenças do pretório brasileiro, a necessidade da prova consistente na relutância das entidades referidas pelo art. 5º, LXXII em fornecer as informações, tornou-se pressuposto de admissibilidade da ação de *habeas data*.

A orientação jurisprudencial do STJ e as decisões do Superior Tribunal Federal em casos concretos, influenciaram o legislador nacional que recepcionou esses entendimentos e os esculpiu na Lei 9.507/97 que regula o direito ao acesso às informações e disciplina o rito desse remédio processual constitucional.

4. O pré-requisito extrajudicial de acesso à informação

A Lei 9.507/97 estabelece, nos primeiros artigos, uma fase extrajudicial como pressuposto de admissibilidade da ação de *habeas data*.

Na fase extrajudicial, o interessado, mediante requerimento, apresenta as razões ao órgão público ou à entidade privada de caráter público que mantém os registros ou banco de dados pessoais para saber das informações. Essas entidades, no prazo de quarenta e oito horas, deverão apreciar o requerimento, deferindo ou indeferindo o pedido e comunicando a decisão nas vinte e quatro horas subseqüentes. Se deferido o pedido de informações, a entidade marcará dia e hora para que o interessado tome conhecimento dos dados lançados.

Constada a inexatidão das informações nos arquivos, o interessado poderá requerer a retificação em petição instruída com documentos comprobatórios. O órgão detentor das informações deverá fazer a retificação no prazo de 10 dias, dando ciência ao interessado.

Se, porventura, as entidades públicas ou de caráter público detentoras do banco de dados quedarem-se silentes ao requerimento de informações por mais de 10 dias, estará configurada a recusa tácita. Também, mesmo que inexistam dados a serem retificados, poderá o interessado peticionar contestando os fatos que dão suporte ao dado, como, por exemplo, informando pendência judicial ou administrativa. Estes fatos alegados e provados deverão ser lançados no cadastro do requerente.

Assim, tem-se que a recusa tácita ou expressa do acesso às informações ou a rejeição ao pedido de retificação dos dados inexatos ou, ainda, a negativa de inserção no cadastro pessoal dos fatos que dão suporte ao dado lançado, constituem-se em pré-requisitos a serem cumpridos numa fase extrajudicial como pressuposto de admissibilidade da ação constitucional de *habeas data*.

5. A ação constitucional de *habeas data*

Somente depois de esgotado o procedimento e prazos estabelecidos na Lei 9.507/97 é que o interessado pode socorrer-se do Poder Judiciário, ingressando com a ação de *habeas data* para obtenção das informações que pretende.

Para cabimento da ação, o art. 7º dessa Lei repete o prescrito no inciso LXXII do art. 5º da CF/88 que assegura “o conhecimento de informação relativa à pessoa do

impetrante e a retificação dos dados” e acrescenta uma nova hipótese: “a anotação no assentamento do interessado, sobre os dados que estejam sob pendência judicial ou administrativa”.

O legislador estabelece no art. 8º os requisitos da inicial e determina, no parágrafo único, do mesmo artigo: “A petição inicial deverá ser instruída como 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; III – da recusa em fazer-se a anotação a que se refere o § 2º do art. 4º ou decurso de mais de quinze dias sem decisão”.

Em caso de não cumprimento de um dos pré-requisitos extrajudiciais estabelecidos no artigo ora em exame, faltarão um dos pressupostos processuais da ação, qual seja: interesse em agir, tendo como consequência, o arquivamento do processo sem julgamento do mérito. O ensinamento está previsto no art. 10 assim: “A inicial será desde logo indeferida, quando não for o caso de *habeas data*, ou se lhe faltar um dos requisitos previstos nesta lei”. Dessa decisão cabe recurso de apelação, que terá efeito meramente devolutivo.

No artigo 20 da Lei recai, ao Supremo Tribunal Federal, a competência jurídica nos casos de *habeas data* contra o Presidente da República, a Câmara de Deputados, o Senado Federal, o Tribunal de Contas da União, o Procurador Geral da República e o próprio Supremo Tribunal Federal. E compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar os casos de *habeas data* contra o Ministro de Estado, os Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica e o próprio Tribunal. Estabelece ainda competências de julgamento em outras esferas judiciais.

A solicitação de informação, nas esferas judicial ou extrajudicial, é gratuita e pode ser efetuada por pessoas físicas ou jurídicas titulares de direitos ou interesses individuais. No exercício do direito de representação: as organizações e associações representativas. No que se refere a direitos e interesses coletivos: as pessoas jurídicas ou associações legalmente constituídas, quanto aos direitos e interesses difusos.

Pelo *habeas data* só podem ser solicitadas informações do próprio impetrante, nunca de terceiros (MORAES, 1998, p. 149).

6. A colisão entre a exigência do pré-requisito extrajudicial da ação de *habeas data* com o princípio constitucional de acesso à justiça

Entende-se que há na norma infraconstitucional que regulamenta o procedimento da ação constitucional de *habeas data* uma restrição ao acesso à justiça, princípio consagrado no art. 5º XXXV, da CF.

É certo que a Lei não proíbe o acesso ao Poder Judiciário para ingresso com o pedido de informações, mas também é certo que nela há dispositivos que exigem a obtenção de prova extrajudicial em primeiro plano para depois socorrer-se ao abrigo da justiça. Há nesta regulamentação um claro obstáculo a ser transposto pelo

interessado para, posteriormente, fazer valer o direito fundamental de acesso à justiça.

Se não há restrição na norma constitucional, não poderá o intérprete e o legislador restringir o direito ao acesso à Justiça, posto que este é também um direito fundamental estabelecido no art. 5º, XXXV da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Este comando constitucional fundamenta o princípio da inafastabilidade da jurisdição: portanto, a Constituição garante uma tutela jurisdicional frente aos conflitos da vida em sociedade. Fundamenta ainda a garantia ao direito de ação e acesso à justiça.

Nelson Nery Júnior (1999, p. 92) ensina que “o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão”. Com relação ao *habeas data*, o mestre paulista, embasando-se no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, leciona: “(...) não pode haver exigência de lei infraconstitucional de prova pré-constituída no *habeas data* impetrado com o objetivo de corrigir dados inexatos que constem de registros ou cadastros públicos e ou de caráter público. Para o *writ* constitucional de *habeas data*, a Constituição não faz exigência de prova pré-constituída”. Em seguida, aduz: “Eventual exigência de prova documental pré-constituída em *habeas data* é inconstitucional por ferir o princípio do acesso à justiça.” E o jurista, arremata: “Conseqüentemente, impedir o impetrante de comprovar, no curso do processo, os fatos constitutivos de seu direito, é negar-lhe, em última análise, acesso à função jurisdicional do Estado, configurando ofensa ao princípio do direito de ação” (1999, p. 104)

Jônatas Luis Moreira de Paula (1999, p. 201) diz que: “(...) o acesso à justiça torna-se princípio processual na medida em que o prevê como garantia fundamental do cidadão, e como instrumento que irá provocar o pronunciamento da tutela jurisdicional. Como garantia do cidadão esse princípio determina que não haverá lei alguma que exclua do Poder Judiciário a oportunidade de apreciar sobre lesão ou ameaça a direito subjetivo (CF, art. 5º, XXXV). Como instrumento que irá manifestar o pronunciamento da tutela jurisdicional, esse princípio se manifesta através da propositura da ação (...)”.

José Afonso da Silva (2001, p. 434) em seu magistério instrui que o artigo 5º, XXXV da CF/88 ao consagrar atividade jurisdicional como princípio da proteção judiciária o faz estabelecendo como principal garantia de que os direitos fundamentais subjetivos serão abrigados num Estado democrático de direito como esculpido na moderna Constituição brasileira.

O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável, e o Estado não pode recusar-se a prestar ou obstar a busca de uma tutela jurisdicional justa. Ainda, este mesmo direito se efetiva por meio do processo, único meio de aplicação do direito a casos concretos.

Encontra-se na Lei 9.507/97, no artigo 8º, parágrafo único, a obstaculização

do direito de ação. Alexandre de Moraes (1998, p. 148) demonstra seu inconformismo com o disposto na Lei que trata do *habeas data*, assim:

Em momento algum, o legislador constituinte restringiu a utilização dessa ação constitucional, não podendo o interprete restringi-la. O parágrafo único do art. 8º da Lei 9.507/97 deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, no sentido de não se exigir em todas as hipóteses a prova de recusa de órgão competente.

Na esteira do pensamento de Alexandre de Moraes, de Nelson Nery Júnior e de outros doutrinadores brasileiros, encontram-se as diretrizes em organismos internacionais como o da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA, que em seu relatório anual de 2001, quando trata da ação de *habeas data*, enfatiza:

Para que a ação de habeas data seja conduzida com eficiência, devem eliminar as travas administrativas que obstaculizam a obtenção da informação e implementar sistemas de solicitação de informação de fácil acesso, simples e de baixo custo para o solicitante. Do contrário, se consagraria formalmente uma ação que, na prática, não contribui para facilitar o acesso à informação.

E, continua o Relatório da OEA:

(...) é necessário que para o exercício desta ação não se requeira revelar as causas pelas quais se requer a informação. A mera existência de dados pessoais em registros públicos ou privados é razão suficiente para o exercício deste direito. Resumindo, o direito de acesso à informação e a ação de habeas data, se constituem como ferramentas legais para alcançar a transparência dos atos do Estado, para proteger a intimidade das pessoas frente a manejos arbitrários ou ilegítimos de dados pessoais e como meio de fiscalização e participação da sociedade.

Do exposto, de tudo o que se extrai das orientações internacionais sobre direitos fundamentais, dos princípios constitucionais de acesso à justiça e daquilo que consta do mandamento contido no art. 5º, LXXII da Constituição Federal de 1988, há um confronto com o disposto na Lei que trata do *habeas data*, havendo clara dificuldade ao direito de ação, e esta colisão fere preceito constitucional fundamental do cidadão.

7. A superação do pré-requisito extrajudicial previsto na Lei 9507/97

Percorrendo a interpretação da Lei 9.507/97, a jurisprudência e a doutrina, entende-se que o instituto do *habeas data*, com o advento da Lei regulamentadora, é

de aplicação escassa junto ao Poder Judiciário, posto que exige a prova da recusa das entidades em fornecer ou retificar a informação contida nos arquivos públicos ou privados como pressuposto de admissibilidade.

A dificuldade do controle subjetivo das informações demonstra haver um desequilíbrio de forças entre o interessado e o detentor do banco de dados. Há clara hipossuficiência. Há um desequilíbrio abissal entre o requerente e as entidades públicas ou de caráter público, previstas na Lei Maior. É preciso a proteção do Judiciário.

O lançamento dos dados pessoais em arquivos públicos ou privados, geralmente, não são de conhecimento do interessado. A maioria dos cidadãos não possui esclarecimentos ou noção clara ou até mesmo não tem noção alguma do que está sendo feito com as informações pessoais, ficando impossibilitado de fazer valer seu direito. Daí a necessidade de uma intervenção do Poder Judiciário, para um atendimento às pretensões de forma rápida e eficaz.

O legislador ao estabelecer na norma infraconstitucional uma ofensa ao direito líquido e certo (instância administrativa ou extrajudicial) para posterior ingresso com ação de *habeas data* como aquela ofensa prevista para o Mandado de Segurança, arvorou-se de prerrogativa não construída pelos constituintes de 1988.

Ao criar o instituto processual do *habeas data*, o legislador constitucional esculpiu no art. 5º, LXXII da CF/88 a possibilidade de qualquer cidadão interessado em obter informações pessoais, ingressar via ação competente diretamente no Poder Judiciário para valer-se de seu direito fundamental constitucional a essas informações, quando prevê: "Conceder-se-á *habeas data*: a). Para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante...".

O legislador brasileiro, ao recepcionar o entendimento jurisprudencial, já debatido anteriormente, prevendo uma fase extrajudicial para o ingresso da competente ação para obtenção das informações, fez valer uma restrição ao acesso ao Poder Judiciário, tangendo, dessa forma, o princípio do acesso à justiça consagrado pela Constituição brasileira sob a dicção de que: "a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

O princípio do acesso à justiça orienta no sentido de que todos os cidadãos podem comparecer em juízo para a defesa de direitos que julguem estar sendo lesados ou ameaçados e deve ser entendido em sentido amplo, pois, para efetivá-lo, devem ser tomadas todas as medidas que facilitem o acesso ao Judiciário.

No magistério de José Alfredo de Oliveira Baracho (2000, p. 49-131) há o ensino de que:

O acesso irrestrito ao Poder Judiciário pode ser visto como uma das maiores aquisições do processo democrático, já que representa a garantia de que todas as pessoas, de modo indistinto e sem discriminações, poderão defender os seus direitos mais elementares, configurando-se em um mecanismo fundamental para assegurar o

respeito e a dignidade do ser humano, revelando ser um verdadeiro direito cívico.

Leciona ainda, o mestre mineiro: “O direito de ação consolida-se na compreensão de que todas as pessoas têm de obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais, na concretização e exercício de seus direitos e interesses legítimos” (BARACHO, 2000, p. 49-131).

A legislação infraconstitucional não pode impor ou determinar condições que restrinjam o acesso ao Poder Judiciário além daquelas constitucionalmente previstas.

É também lição constitucional que o exercício do direito de ação é de ampla liberdade subjetiva e não se deve exigir condição ou esgotamento das vias recursais na esfera administrativa para posteriormente comparecer em juízo.

Nesse sentido, a professora paranaense Mariulza Francoⁱⁱ ensina:

Se o legislador constituinte quisesse, ou pensasse, em requisito de admissibilidade não precisava criar o habeas data (ação específica), pois o mandado de segurança já era ação suficiente. A previsão de ação específica do habeas data trouxe como novidade a possibilidade de ajuizamento de pedido mandamental sem que houvesse necessidade de negativa como exigia o Mandado de Segurança, no caso, ato impetrado, mas simplesmente, o objeto da ação: informações. E mais: na dúvida sobre a existência ou não dos dados, cabe ação de exibição autônoma para que se tenha conhecimento da sua existência, ou não.

Ainda mais: se a premissa constitucional é no sentido de que todos têm acesso à justiça para postular uma tutela jurisdicional, então, ter o direito de ação significa poder deduzir qualquer pretensão subjetiva em juízo e também poder dela defender-se. Por conseguinte, qualquer expediente destinado a impedir ou dificultar o direito à ação ou o direito à defesa constitui ofensa ao princípio constitucional do acesso à justiça.

No caso da Lei 9.507/97, a previsão de prova anterior conseguida na forma extrajudicial como pressuposto da ação de *habeas data* é uma volta aos resquícios da Constituição de 1967 que criou uma instância administrativa que primeiro exigia do interessado o esgotamento da via administrativa para depois ingressar com a ação competente.

A Constituição atual não contempla a instância administrativa, já que, como debatido anteriormente, qualquer que seja a lesão ou mesmo a sua ameaça, surge imediatamente o direito subjetivo público de buscar proteção do Poder Judiciário.

Esta é a lição de Alexandre de Moraes (1998, p. 197) acerca do assunto:

ⁱⁱ Anotações feitas, de próprio punho, no esboço do presente artigo sob o título de: “Meu Argumento”. Umuarama Pr, julho de 2003.

Inexiste a obrigatoriedade de esgotamento da instância administrativa para que a parte possa acessar o Judiciário. A Constituição Federal de 1988, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, pois já se decidiu pela inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para obter-se o provimento judicial, uma vez que exclui a permissão, que a Emenda Constitucional nº 7 à Constituição anterior estabeleceu, de que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas, verdadeiro obstáculo ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário.

A limitação imposta pelo legislador brasileiro no parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.507/97 fere o direito de acesso à Justiça. A lei ordinária não pode exigir condição para a propositura da ação judicial.

A constitucionalidade dos atos praticados por qualquer dos três Poderes encontra-se na formulação doutrinária da hierarquia das leis. Sendo a norma constitucional lei suprema, esta, por óbvio, se impõe às demais. Assim, a lei ordinária é submetida à análise da condição de constitucionalidade e deve revestir-se dos princípios que asseguram os direitos fundamentais, sob pena de invalidade.

A lei poderá criar órgãos administrativos para que o cidadão possa apresentar reclamações contra as decisões que lhe afetem. A lei, também, poderá instituir recursos administrativos a diversos órgãos, sejam eles de julgamento monocrático ou colegiado, mas estes institutos processuais administrativos serão sempre uma opção ao cidadão interessado.

Não há que se negar que estes remédios processuais possam ser úteis no sentido de darem oportunidade à administração de corrigir seus atos, mas o fundamental é que o ingresso pela via administrativa é uma opção do administrado que prefere o sigilo e não uma imposição de lei.

A exigência contida na Lei fere os dispositivos fundamentais concebidos pelos constituintes de 1988 no art. 5º, LXXII e XXXV, na medida em que estabelece uma ofensa ao direito líquido e certo, consubstanciada na prova pré-constituída para ingresso com a competente ação de *habeas data* e assim, dificultando ao interessado o acesso ao Poder Judiciário na busca de informações pessoais junto aos arquivos de entidades públicas ou de caráter público e, de posse desses dados, se houver interesse, pedir a retificação.

Destarte, a redação do parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.507/97 com o mandamento constitucional do *habeas data* permite constatar que cabe ao interessado optar pela via administrativa ou pela via judicial para obter informações pessoais lançadas em banco de dados de entidades públicas ou de caráter público e se necessário poder retificá-las, não necessitando do cumprimento da fase extrajudicial prevista naquela Lei.

8. Conclusão

O direito às informações pessoais lançadas em arquivos por entidades públicas ou privadas é um direito fundamental do homem como previsto em documentos internacionais, recepcionado pelo legislador constituinte brasileiro, e acha-se embasado no artigo 5º, LXXII da Constituição Federal de 1988.

O legislador nacional, ao regulamentar o dispositivo constitucional do *habeas data*, recepcionou o entendimento jurisprudencial no sentido de que há a necessidade de cumprimento de uma fase extrajudicial como prova antecipada para o ingresso com a competente ação, como restam claras as linhas estabelecidas no parágrafo único do artigo 8º da Lei 9.507/97.

A previsão de uma fase extrajudicial fere o princípio constitucional de acesso à justiça, previsto no artigo no art. 5º, XXXV da CF/88 uma vez que exige uma condição para ingresso com a competente ação.

Assim, concluiu-se que diante da Lei que regulamenta o *habeas data*, o interessado em obter informações pessoais junto aos órgãos públicos ou entidades privadas, possuidores de banco de dados e, se pretender, a possibilidade de retificação, poderá optar em seguir duas vias: a primeira buscar seu intento via administrativa para depois ingressar com a ação competente e a segunda, ingressar com a ação diretamente no Poder Judiciário, tendo como suporte o princípio constitucional do acesso à justiça, afastando, nesse caso, as condições impostas pela Lei 9.507/97.

9. Referências

- ALCALÁ, Humberto Nogucira. Reflexiones sobre el establecimiento constitucional del *habeas data* y del proyecto em tramitación parlamentaria sobre la matéria. **Revista Jus e Práxis**. Universidad de Talca. Año 3, n. 1. Talca – Chile, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista de Direito Comparado da UFMG**, Belo Horizonte, 2000, v.4.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- FRANCO, Mariulza. "Meu Argumento". Anotações feitas, de próprio punho, no esboço do presente artigo. UNIPAR, Umuarama, PR, julho de 2003.
- MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.
- _____. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria geral do processo**. São Paulo: LTD, 1999.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**, V Revisão. Lisboa, 1976.

OEA. Ação de *habeas data* e o direito de acesso à informação no hemisfério. **Relatório anual. OEA – Organização dos Estados Americanos – Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, 2001. Cap. III.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

WALD, Arnaldo e FONSECA, Rodrigo Garcia da. O *habeas data* na Lei 9507/97. **Revista de informação legislativa**. Brasília, n. 137 jan./mar., 1998.

A UNCLAIMABLE OF THE EXTRAJUDICIAL REQUISITE AS A PURPOSE OF *HABAS DATA* ACTION ADMISSIBILITY

ABSTRACT: The *habeas data* action foreseen in article 5º, LXXII of FC/1988, is a citizen fundamental right to know the personal informations introduced in data bank of public places. This processual constitutional medicine was regulated by the law number 9.507 of nonember, 12th, 1997. The 8º only article paragraph, of this law, establish the fulfilment of a extrajudicial stage, non fulfilment by the constitute legislator, as a purpose of admissibility to na action' exercice. This legal dispositive hurts the constitutionals principles of justice' access and the action' law, placed that it difficults the search of direct protetion on Legal Power.

Considering that the constitutional action foresight is a fundamental right, we have the citizen interest to get this information, we will can do it administratively, or, if to intend, by Legal Power, where is unnecessary the fulfilment of extrajudicial stage foreseen on ordinary law.

KEY-WORDS: *Habeas Data*- extrajudicial stage- unclaimable

Recebido para publicação em: 01/07/2003

Aceito para publicação em: 16/07/2003