HABEAS DATA – CONTESTACAO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA …… VARA CÍVEL DA COMARCA DE ……………………………

(10 LINHAS)

PROCESSO NÚMERO:

CHEFE DA SEÇÃO DE REGISTRO FUNCIONAL da Secretaria de Pessoal do Tribunal de Justiça do Estado do …………, Sr. …………, por seu advogado que esta subscreve no procediemto de habeas data que lhe move (…..) já qualificado nos autos cujo número segue em epígrafe.Vem respeitosamente a presença de vossa Exa. apresentar sua

CONTESTAÇÃO EM HABEAS DATA

pelas razões de fato e de direito expostas a seguir:

I – DOS FATOS

O impetrante ingressou com presente tentando objetivar certidão, para comprovar que exerceu cargo público durante 20 (vinte) anos o cargo de escrivão da 1ª Vara de Família e Sucessões desta Capital, porque pretende concorrer a outro cargo público.

Ocorre que por inúmeras vezes o Impetrante compareceu na repartição requerendo o referido documento, sendo que lhe foi exaustivamente explicado o que abaixo segue:

PRELIMINARMENTE – DA CARÊNCIA DE AÇÃO

As informações neste Tribunal referente ao prontuário dos funcionários estão digitalizados e a disposição no site do tribunal, mediante login que é o número funcional e a senha eletrônica que é fornecida a todos os funcionários mensalmente modificada contida na parte superior direita e internamente no contra-cheque de cada um, informações estas que são atualizadas diariamente, por funcionária habilitada.

Desta forma não há necessidade de se movimentar o Poder judiciário, para conseguir os documentos e informações requeridas, basta acessar o site e imprimir os documentos.

Desta forma requer o acolhimento da presente preliminar para julgar extinto o presente procedimento com base no artigo 267 VI do CPC.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

É indiscutível que o Autor tem o direito de conhecer os documentos de seu interesse e os mesmos já se encontram disponíveis pelos meios informados em sede preliminar.

O remédio constitucional do hábeas data deve ser interposto quando a autoridade se omite em prestar as informações o que não aconteceu no caso em tela.

No mínimo é absurdo ingressar com uma demanda na justiça para se conseguir um documento a disposição pelo meio eletrônico é o cúmulo.

PEDIDOS

Em face de todo o exposto e respeitosamente, requer-se que se seja denegado o presente habeas data, desconsiderando o pedido liminar, que corretamente não foi deferido “inaudita altera pars” condenando-se o Impetrante nas custas e honorários advocatícios no percentual de 20%.

Termos que,

pede deferimento.

(Local, data e ano).

(Nome e assinatura do advogado).

(OAB/UF)

1. Generalidades

Inicialmente cumpre-nos esclarecer que este texto tem por escopo apresentar de forma geral/ampla o novo instituto jurídico do habeas data insculpido na nossa Carta Magna.

Seria um verdadeiro despautério de nossa parte pretender, nessas poucas linhas, tentar abranger o habeas data em todos os seus aspectos e minúcias. Esta nova garantia constitucional introduzida na Constituição de 1988 é amplíssima e muito bem explicada pelos doutrinadores processualistas constitucionais. Em sendo assim, se o tentássemos, isto redundaria em negar ao habeas data a magnitude que lhe é inerente.

O habeas data foi inserido na Constituição Federal 1988, em seu artigo 5º, LXXII, que assegurou ao cidadão "garantia de acesso a informações de caráter pessoal, registradas em órgãos do Estado", podendo o interessado retificar tais informes.

A inclusão deste instituto constitucional na nossa Carta Magna foi de sugestão do professor José Afonso da Silva na Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, e, posteriormente, foi formalizada a proposta pelo então senador Mário Covas que ficou como seu autor legislativo.

De se ressaltar que este instituto jurídico constitucional tem suas origens que remontam à legislação ordinária nos Estados Unidos da América do Norte, mais precisamente no Freedom of Information Act. 1974, alterado pelo Freedom of Information Reform Act de 1978.

Não podemos olvidar, outrossim, que anteriormente à sua edição em nosso ordenamento jurídico, a garantia ao direito de informações em poder do Estado já havia sido questionado, como a exemplo de um parecer de lavra do Dr. Saulo Ramos, à época Consultor Geral da República, que foi publicado no DOU em 20.10.86.

A temática, in casu, cingia-se à solicitação judicial de informações ao SNI, requerida pelo juiz federal da 1ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco, e teve o seguinte fecho: "a norma legal de sigilo, que veda acessibilidade aos elementos de informação do SNI, é justificada por princípio de ordem pública, cuja inobservância pode induzir à tríplice responsabilidade de seu transgressor…".

Verificamos assim, que o nosso ordenamento jurídico restou profundamente alterado após o advento deste instituto jurídico que passaremos a estudar agora.

1.2 Conceito

A expressão habeas data é de origem latia e significa "tomes o dado", em tradução literal.

Habeas data no entendimento do professor Diomar Ackel Filho possui a seguinte definição: "Habeas data é a ação mandamental, sumária e especial, destinada à tutela dos direitos de cidadão a frente dos bancos de dados, a fim de permitir o fornecimento das informações registradas, bem como sua retificação, em caso de não corresponder à verdade".

A nossa Carta Constitucional, que criou o habeas data, prevê duas hipóteses garantidoras de sua concessão, a saber:

a primeira, para assegurar a qualquer cidadão o conhecimento de informações relativas à sua pessoa, de tudo o que constar de registros ou bancos de dados das entidades governamentais ou de caráter público. O espírito do legislador nacional Constituinte, foi o mais amplo possível, de tal sorte a permitir que o interessado saiba, com certeza, o que de sua pessoa se afirma ou considera, sem quaisquer restrições.

a segunda, para correção de informações constantes de arquivos ou bancos de dados sobre a pessoa interessada, quando esta não preferir fazê-lo por meios judiciais ou extra-judiciais sigilosos.

Em suma, inferimos que o habeas data é uma ação constitucional "write" que garante o direito a pessoa civil ou jurídica de reivindicar judicialmente a apresentação de arquivos ou registros públicos ou particulares, nos quais constem informações pessoais, para, em sendo assim, tomarem conhecimento de seu teor, e, caso entendam necessário, corrijam imprecisões ou erros que impliquem discriminação.

Consoante afirmado anteriormente, o habeas data tem o cunho de proteger direito líquido e certo do impetrante para conhecer informações de bancos de dados, registros, arquivos, etc., seu respeito, constantes em repartições públicas ou particulares acessíveis ao público em geral, para, se necessário, retificá-los.

1.3 Objetivos

No artigo 5º, inciso LXXII, da Carta Magna brasileira de 1988, está disposto que:

LXXII – Conceder-se-á habeas data:

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

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

Michel Temer, sublinhou o caráter democrático do instituto do habeas data, vejamos:

(..) é fruto de uma experiência constitucional anterior em que o governo arquivava, a seu critério e sigilosamente, dados referentes a convicção filosófica, política, religiosa e de conduta pessoal dos indivíduos.

A bem da verdade, a finalidade do habeas data, restringe-se ao acesso da pessoa física ou jurídica, aos arquivos ou bancos de dados informatizados ou não, com o fito de conhecer informações concernentes à pessoa, e, para, se for o caso, retificar as informações ou dados neles contidos.

No dizer de Diva Prestes Marcondes Malerbi,

"toda vez que os registros contiverem informações relativas à pessoa do impetrante – isto é, relativas à sua intimidade, à sua vida privada, à sua honra e à sua imagem, tanto o órgão público como o órgão privado têm o dever indeclinável de prestá-las, já que o Constituição garante serem invioláveis esses bens tutelados pelo inc. X, do artigo 5o, não comportando restrição alguma".

1.4 Cabimento e procedimento

Inicialmente, cumpre-nos asseverar que o entendimento da jurisprudência formada tanto no STF – Supremo Tribunal Federal, quanto no STJ – Superior Tribunal de Justiça é indiscrepante no que toca a necessidade de esgotamento da via administrativa para autorizar ao interessado socorrer-se do habeas data.

No STF em julgamento realizado pelo pleno daquela corte, ficou decidido que:

"o acesso ao habeas data pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de 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".

No mesmo diapasão o STJ sumulou a matéria, veja-se:

Súmula 02 – Não cabe o habeas data (CF, artigo 5º, LXXII, a) se não houver recusa de informações por parte da autoridade administrativa.

A Lei 9.507/97 em seu artigo 8º, em consonância com o pacífico entendimento jurisprudêncial, disciplinou em seu parágrafo único, que a petição inicial do habeas data deve obrigatoriamente ser instruída com a prova da recusa, ou, inércia, do órgão que deveria apresentar as informações formuladas pelo interessado a seu respeito, ou, de corrigi-las.

Todavia, em que pesem os argumentos formulados pelos tribunais superiores, pela Lei 9.507/97 e por alguns doutrinadores pátrios que defendem a necessária prova de recusa ou inércia do órgão detentor das informações para a possibilidade de interposição do habeas data, entendemos não ser esta a melhor exegese da norma constitucional.

O dispositivo constitucional em comento estipula que conceder-se-á habeas data, também, para a correção de dados pessoais quando o interessado não preferir fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

A nosso ver, até prova em contrario, nos afigura que a norma constitucional não fez qualquer restrição no que tange aos requisitos procedimentais para a interposição do writ, pois, o legislador constituinte utilizou-se de uma conjunção alternativa "ou", de modo que o interessado poderá optar, pelo processo judicial ou pelo administrativo (lex, ubi non distinguit, nec nos distinguere debemus).

Assim, julgamos que não cabe ao operador do direito restringir onde a lei não o fez. Por isso, entendemos que parágrafo único da Lei 9.507/97 deveria ser inferido de forma ampla e sem restrições a postulação em juízo.

Outrossim, não podemos esquecer que o artigo 5º inc. XXXV, aduz que: "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”;

No que pertine à forma procedimental para interposição do habeas data, constatamos que o habeas data como o mandado de injunção não foram automaticamente regulamentados com a promulgação da Carta Constitucional 1988.

Neste ponto, houve ampla discussão doutrinária, haja vista divergência de entendimento doutrinário.

Controvérsia atinha-se ao fato de parte da doutrina entender ser utilizável analogicamente ao feito o princípio norteador do mandado de segurança, enquanto, outra corrente cingia-se à inaplicabilidade da norma constitucional até a sua regulamentação por legislação específica.

O TFR – Tribunal Federal de Recursos, hoje denominado STJ – Superior Tribunal de Justiça, por ato de seu presidente, ministro Evandro Gueiros Leite, editou o Ato Regimental 1.245, de 16.11.88, fixando o caminho procedimental a ser seguido naquela Corte:

VI – O habeas data (CF, arts. 5o, LXXII, e 105, I, b) será registrado no protocolo da Secretaria do Tribunal na classe Petição (Petição de habeas data), em numeração contínua e seriada, adotando-se a sigla HD.

VII – O registro e a distribuição do habeas data far-se-ão pelo sistema eletrônico usual (RI, arts. 66, parágrafo único, 67 e 69), designadas as partes, respectivamente, como impetrante e impetrado.

VIII – O habeas data de competência originária do Tribunal será processado e julgado pelo Tribunal Pleno (CF, artigo 105, I, b).

IX – No processo e julgamento do habeas data serão adotadas, no que couber, as normas previstas no Regimento Interno para o mandado de segurança (artigo 189 a 193).

X – Os processos de habeas data terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo o habeas corpus e o mandado de segurança.

Posteriormente, com a edição da Lei 8.038/90, que criou normas procedimentais para os feitos a tramitarem perante o STF e STJ, restou estipulado que no mandado de injunção e no habeas data, seriam utilizadas as normas referentes ao mandado de segurança, até serem editadas legislações específicas.

Por fim, em data de 12.11.97, foi editada a Lei 9.507, que "regula o direito de acesso a informação e disciplina o rito processual do habeas data".

Na citada lei, em seu artigo 8º prevê que a inicial deverá observar os requisitos do artigo 282 a 285 do CPC – Código de Processo Civil, e será instruída em duas vias com cópias de todos os documentos, em ambas, e devem ser instruídas, com um dos seguintes requisitos: a) da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de dez dias sem decisão; b) de recusa de fazer-se a retificação ou do decurso de mais de quinze dias, sem decisão; c) da recusa em fazer-se a anotação sobre a explicação ou contestação sobre determinado dado, mesmo que não seja inexato, justificando possível pendência sobre o mesmo; ou o decurso de mais de quinze dias, sem decisão.

No caso de ser indeferida a atrial do habeas data, em qualquer das hipóteses (não ser caso de habeas data, falta de quaisquer dos requisitos essenciais) caberá recurso de Apelação, ex vi do Artigo 15 da citada Lei.

Quando recebida a inicial, será intimada a autoridade coatora para prestar informações no prazo de dez dias. Junto à intimação seguirá a segunda via do habeas data com os respectivos documentos. Decorrido o prazo retro, será intimado o MP – Ministério Público para se pronunciar, em cinco dias, acerca do feito. Após este pronunciamento o feito voltará concluso para apreciação pelo juiz.

Em sendo sentenciado o habeas data caberá recurso de apelação, recebido no efeito devolutivo, abrindo oportunidade para a imediata execução da sentença. Neste ponto, observe-se que mesmo com a exclusão legal do efeito suspensivo no recurso, poderá o presidente do tribunal competente para apreciar o recurso, emprestar efeito suspensivo a este, determinando ao juiz a quo a suspensão da execução do julgado. Dessa decisão, que suspende a execução do julgado, cabe recurso de Agravo de Instrumento, para o mesmo tribunal.

Frise-se, ainda, que a Lei 9.507 não se pronunciou acerca dos prazos dos recurso no habeas data, e, sendo assim, contam-se na forma do Artigo 188 do CPC, em dobro para o MP – Ministério Público e Fazenda Pública.

Finalmente, recordamos que o habeas data, por ser ação constitucional de soberania popular, é isenta de custas processuais, pois este writ é instrumento de um dos direitos fundamentais num estado democrático de direito que é o acesso ao conhecimento/informação.

1.5 Legitimidade ativa e passiva

Quanto à legitimidade ativa para interposição do habeas data, divergem, ainda hoje, grandes nomes do direito pátrio.

De um lado, afirmando que somente pessoas físicas poderiam manejar o habeas data, encontram-se Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra da Silva Martins, Paulo Lúcio Nogueira, entre outros.

A seu turno, afirmando que tanto as pessoas físicas, quanto as jurídicas podem demandar o habeas data, estão Hely Lopes Meireles, Pedro Henrique Távora entre outros.

Neste campo do saber, entendemos que a melhor doutrina é no sentido de que ambas as pessoas, físicas e jurídicas, podem manejar o habeas data.

O instituto sub examine é garantia jurídica de caráter personalíssimo, onde terceiros não podem pleitear os benefício da ação. Se verificarmos o artigo 6º do CPC verificaremos que:

Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Noutra ótica de análise, o habeas data é instituto que pela sua própria amplitude não pode ser exercido por terceiros. Pois, o direito de saber e modificar dados próprios em poder de entidades públicas ou de caráter público é muito amplo e deve ser restrito aos seus titulares para resguardo de devassa.

As pessoas jurídicas são entidades que possuem capacidade própria, que difere da capacidade das pessoas que a compõem, tendo então, vida própria, e possuindo o direito de correta individualização no campo jurídico e social.

No que tange ao pólo passivo da demanda, o ponto fulcral cinge-se à expressão "caráter público", empregada na parte final do dispositivo em comento. O legislador quando utilizou-se de tão ampla expressão, obviamente, perseguiu abranger não somente as entidades estatais, com também as não-estatais. Todavia, mesmo assim, houver divergências doutrinárias que findaram se pacificando em torno de um entendimento que assemelha-se ao que definiu Calmon de Passos, vejamos:

(…) aquele 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.

Em sendo assim, conclui-se que poderão ser requisitadas informações das entidades da administração direta ou indireta do Estado, pessoas jurídicas privadas e entidades privadas que prestem serviços de interesse público ou para o público de modo geral, e que obviamente possuam informações acerca das pessoas físicas e jurídicas.

1.6 Habeas data e dados sigilosos

Passaremos agora à análise de um dos pontos mais instigantes e controvertidos deste novo instituto jurídico que é a questão dos dados sigilosos de defesa nacional e o habeas data.

Neste campo, logo de início surge um questionamento: onde encerra o direito da pessoa em conhecer dados pessoais seus sob guarda de outrem?

Se compararmos as legislações atinentes à matéria, principalmente a nossa e a portuguesa, teremos, inicialmente, a impressão de que no que pertine ao sigilo de algumas informações que sejam imprescindíveis à segurança social e estatal estas não devem ser reveladas.

Esse foi o entendimento do antigo TFR que deu interpretação restritiva ao novo instituto, autorizando, desde que justificado, o sigilo de defesa do Estado e da sociedade, previamente.

Entretanto, nos parece, diversamente do entendido pelo TFR, que ao Judiciário é que compete, sem restrições prévias, definir a questão, cotejando, conceituando e objetivando o valor contido no dado perseguido. A questão é que nenhuma informação ou dado, a despeito de ser de interesse da Segurança Nacional e do Estado, poderá ser subtraído da apreciação judicial.

Por outro lado, as informações de conteúdo sigiloso, envolvendo a segurança do Estado, poderão se processar em segredo de justiça, o que garantiria, tanto o acesso e efetivação do habeas data, quanto, resguardaria a soberania nacional.

Em suma, acreditamos que o irrestrito acesso às informações, seja pelo procedimento administrativo ou judicial, deve ser assegurado sem limites de qualquer natureza.

O direito subjetivo ao acesso às informações pessoais, durante muito tempo em nossa pátria, foi tolhido por um regime castrador e ditatorial. Hoje e principalmente após a promulgação da Carta de 1988 os direitos fundamentais devem ser exercidos em sua total plenitude.

O cidadão tem direito constitucional de conhecer todos os dados relativos à sua pessoa, que constem dos arquivos e bancos de dados, para que de posse deles julgue se é necessário sua retificação ou não.

1.7 Conclusão

Por todo o exposto nesta breve análise do novo instituto do habeas data, pode-se inferir, ser um valioso instrumento de soberania popular. Ao mesmo tempo em que evita-se a possibilidade de serem praticadas injustiças e discriminações contra cidadãos comuns.

O instituto do habeas data, como foi rapidamente analisado, não deixa dúvidas que é um instituto fundamental para o resguardo do direito ao conhecimento de fatos e dados pessoais sob a guarda de entes públicos ou de caráter público.

Claro se afigura que o habeas data nos põe em patamar de igualdade com outra nações civilizadas, a exemplo de Portugual (artigo 35), Espanha (artigo 105, b), Grã-Bretanha (Official Secrets Act) e EUA (Freedom Of Information Act) que possuem meios jurídicos de controle, pelos cidadão, dos órgãos de segurança e informação, bancos de dados ou central de informações existentes nos respectivos países.

Em conclusão, mister se faz, o estudo aprofundado, neste e em outros institutos jurídicos, para que, o Direito atenda as aspirações da sociedade.

Após a criação do habeas data em nossa Constituição Federal, os cidadãos em sua generalidade terão meio processual para socorrer-se do Poder Judiciário para limitar e corrigir a forma e utilização das informações sigilosas abrigadas nos órgãos de informações do Estado e nas instituições de caráter público.

2. Síntese do Instrumento

Partes: Impetrante – Impetrado

Foro: Domicílio do impetrado

Valor da Causa: Estimado

Procedimento: Cautelar

3. Previsão Legal

Constituição Federal/88

Art. 5º – (…)

LXXII – Conceder-se-á habeas data:

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

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

Súmulas do STJ

02 – Não cabe o habeas data (CF, artigo 5º, LXXII, a) se não houver recusa de informações por parte da autoridade administrativa.

Súmulas do STF

Vide também:

Lei 9.507/97

…., …. de …. de ….

………………

Advogado OAB/…