

Jus Scriptum

EDITORIAL

A história de uma revista
A scientific journal and its history
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Os juízes municipais no Brasil Império
Municipal judges in Brazilian Empire
Maria Cristina Carmignani

O fim do anonimato do doador através do direito à identidade pessoal no acórdão nº 225/2018
The end of donor anonymity through right to personal identity in judgment no. 225/2018
Giovanna Canelas

O conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental à alimentação no contexto da sustentabilidade ambiental e social
The legal-normative content of the fundamental right to food in the context of environmental and social sustainability
Eduardo Alvares de Oliveira

O ministério público e a tutela dos direitos fundamentais no âmbito da justiça constitucional no Brasil e em Portugal
The Public Prosecution and the protection of fundamental rights within the framework of constitutional justice in Brazil and Portugal
Mona Lisa Duarte Aziz

A proteção de dados pessoais na pandemia de covid-19: breves notas sobre contact tracing apps e o direito à privacidade na era da vigilância
The personal data protection in COVID-19 pandemic: short notes about contact tracing apps and the right to privacy in the Age of Surveillance
Felipe Müller Dornelas

HOMENAGENS

Homenagem in memoriam do Professor Doutor Zeno Veloso
Cláudio Cardona

Zeno era jurista
Caio Brilhante Gomes

Zeno Veloso entre "aqueles que se vão da lei morte libertando"
Eduardo Vera-Cruz Pinto

Revista Jurídica
NELB

Jus Scriptum



NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro



jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 1
Abr/Jun 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Gabiellen Carmo, Diretora Científica do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Lilian Márcia Balmant Emerique
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Luciana Costa da Fonseca
Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Sílvia Gabriel Teixeira

Revista Jurídica
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2020/21

Direção Geral

Diretoria Executiva

André Brito, Presidente

Rodrigo David, Vice-Presidente

Maria Eduarda Ribeiro, Secretária-Executiva

Rebecca Rossato, Tesoureira

Secretarias Especiais da Presidência:

Alicia Massoti, Secretária da SEACAD

Caio Brilhante, Secretário de Meio Ambiente (SEMA)

Filipe Vigo, Secretário de Mestrados, Doutoramento e
Empregabilidade (SEMIDE)

Rodrigo David, Secretário de Licenciatura (SEL)

Diretoria Científica

Gabriellen Carmo, Diretora Científica

Paulo Rodrigues, Diretor Científico

Laura Viana, Diretora-Adjunta

João Villaça, Diretor-Adjunto

Laura Dutra, Assessora

Maria Luiza Carpinteiro, Assessora

Diretoria de Eventos

Leandra Freitas, Diretora de Eventos

Sandro Parente, Diretor de Eventos

Emmanuel Matheus, Diretor-Adjunto

Luana Lara, Diretora-Adjunta

Joice Carmo, Diretora-Adjunta

Letícia Bittencourt, Assessora

Nicole Lintz, Assessora

Eric Alejandro, Assessor

Diretoria de Comunicação

Maria Luiza Ximenes, Diretora de Comunicação

Victor Gabriel, Diretor de Comunicação

Bruna Lebre, Diretora-Adjunta

Isabelle Carvalho, Diretora-Adjunta

Rafaela Mascaro, Assessora

Matheus Morais, Assessor

Diretoria de Apoio Pedagógico

Mileny Silva, Diretora Pedagógica

Roberta Viana, Diretora Pedagógica

Camila Henriques, Diretora-Adjunta

Iago Leal, Diretor-Adjunto

Jéferson Nicolau, Diretor-Adjunto

Ana Krum, Assessora

Larissa Lopes, Assessora

Natália Farinha, Assessora

Assembleia Geral

Cláudio Cardona, Presidente

Maria Eduarda Ribeiro, Primeira-Secretária

Thais Sousa, Segunda-Secretária

Conselho de Presidentes

Elizabeth Lima, Presidente

Henrique Barbosa

Cláudio Cardona

Conselho Fiscal

Maria Mariana Moura, Presidente

Luis Otávio Lara

Thais Sousa

nelb.pt



REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 16 • Volume 6 • Número 1
Abr/Jun 2021 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

EDITORIAL

A história de uma revista
A scientific journal and its history
Cláudio Cardona

ARTIGOS

Os juízes municipais no Brasil Império
Municipal judges in Brazilian Empire
Maria Cristina Carmignani

O fim do anonimato do doador através do direito à
identidade pessoal no acórdão nº 225/2018
The end of donor anonymity through right to personal identity in judgment no. 225/2018
Giovanna Canellas

O conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental à
alimentação no contexto da sustentabilidade ambiental e social
*The legal-normative content of the fundamental right to food in the context of
environmental and social sustainability*
Eduardo Alvares de Oliveira

O ministério público e a tutela dos direitos fundamentais no âmbito
da justiça constitucional no Brasil e em Portugal
*The Public Prosecution and the protection of fundamental rights within the framework of
constitutional justice in Brazil and Portugal*
Mona Lisa Duarte Aziz

A proteção de dados pessoais na pandemia de covid-19: breves notas
sobre contact tracing apps e o direito à privacidade na era da vigilância
*The personal data protection in COVID-19 pandemic: short notes about contact tracing
apps and the right to privacy in the Age of Surveillance*
Felipe Müller Dornelas

HOMENAGENS

Homenagem in memoriam do Professor Doutor Zeno Veloso
Cláudio Cardona

Zeno era jurista
Caio Brilhante Gomes

Zeno Veloso entre “aqueles que se vão da lei morte libertando”
Eduardo Vera-Cruz Pinto



EDITORIAL: A HISTÓRIA DE UMA REVISTA

LEADER: THE HISTORY OF A JOURNAL

A primeira reflexão quando da assunção da direção dos trabalhos da Jus Scriptum foi mesmo saber a causa de uma revista - não desta revista, mas de qualquer revista científica.

Uma revista é feita de artigos e essa é a sua causa material - ou uma possível causa material. Poderíamos ir além e dizer que ela é feita de palavras, mas isso não a diferenciaria de livros e outros textos e nem mesmo dos artigos. Por outro lado, poder-se-ia dizer que é feita de conhecimento, mas findaria na mesma dificuldade. Então, fiquemos mesmo com os artigos - e que estes sejam definidos por si mesmos em seara própria.

Uma revista é em si mesma sua causa formal. Antes que qualquer discussão entre causa formal e material se imponha e passemos a discutir se a revista é papel ou dados informáticos, a revista é esse conjunto de artigos e sua causa formal é mesmo esse produto.

Até aqui, com alguns subterfúgios (e imprecisões metodológicas) para não cansar o leitor no editorial, tirando-lhe o fôlego para a causa material - digo, os artigos - desta revista, mantivemos certa ordem nesta narrativa. Ocorre que a causa eficiente nos leva a diversos caminhos. Para manter o pragmatismo, o *modus operandi* é mesmo este: investigadores, como não poderia deixar de ser, investigam, refletem, tomam algumas conclusões e comunicam mediante a transposição deste conhecimento para o suporte de divulgação científico artigo; em seguida, submetem o artigo a uma revista - no caso, esta revista -, de forma a ser apreciado pelos seus qualificados pares em um procedimento de avaliação - no caso desta revista, *double-blind peer review*, por fim, aprovado, o artigo é publicado em suporte físico e/ou digital.

O abandono do pragmatismo deve acontecer neste momento. A causa eficiente deverá contar uma história: a história de uma revista jurídica.

Em 2005, o então Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro, quatro anos após a sua fundação, deu um importante

passo na concretização de seu viés científico. A *Jus Scriptum* - Boletim do NELB vinha a lume nas palavras do Diretor Científico do Núcleo, Guilherme Guimarães Feliciano, e convidava toda a comunidade acadêmica (associados, professores e leitores em geral) a participarem ativamente daquele instrumento de divulgação científica.

Nos três anos seguintes, a revista lançaria três volumes e sete novos números. Sob a batuta de três Diretores Científicos, quais sejam, Lavínia Cavalcanti Lima Cunha, Elisa Ustároz e Filipe Teixeira Neto, e atravessando três gestões, a revista publicou textos de nossos professores e colegas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, mas também de magistrados e doutrinadores brasileiros.

O quarto volume da *Jus Scriptum* marcaria o termo inicial um hiato de dez anos. Aquele volume, no entanto, também era uma confraternização do Núcleo consigo mesmo. A edição foi comemorativa em homenagem ao Professor Jorge Miranda, fundador do Núcleo, que chegou a se chamar, em 2001, Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro e Grupo de Estudos Professor Jorge Miranda.

Em 2018, já sob a nomenclatura de Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro, foram mobilizados alunos para refundar a *Jus Scriptum* sob a alcunha de Revista Jurídica do NELB e foi lançado a nona edição da revista, no entanto, a logística e a grande mobilidade de estudantes na faculdade não permitiram uma edição no ano subsequente.

Em 2020, observando-se: que o viés de apoio aos estudantes brasileiros vinha sendo bem executado e que o núcleo era visto como uma casa aberta aos seus associados e não-associados; que o viés de promoção de eventos acadêmicos tinha alcançado igualmente seu ponto mais alto; então, refletiu-se: os dois vieses presentes na fundação do Núcleo estavam realizados e perfaziam-se seus objetivos diariamente, no entanto, o viés científico de divulgação, estabelecido como o terceiro viés do Núcleo em 2005, falhara.

Era preciso criar um projeto não apenas para o lançamento de uma única edição, fruto de um esforço cem metros rasos. Era preciso um projeto pensado a longo prazo, respeitada a expertise do passado e adotados os melhores procedimentos técnicos.

Naquele ano, a Presidente da gestão 2016/17, Maria Ma-

riana Moura aceitou o nosso convite para assumir a Diretoria Científica do Núcleo. A experiência das dificuldades do passado, em especial dos motivos pelos quais a *Jus Scriptum* não foi publicada naquele ano era adubo para a construção de um projeto de longo prazo.

Foram meses de estudo dos melhores exemplos de revistas científicas. Os modelos vieram de todo o mundo. Foram adotados critérios éticos e técnicos das melhores experiências. A revista adotou um site próprio e um sistema de gestão, permitindo aos autores uma experiência mais fluida em todo o processo. A revista adotou pela primeira vez um processo de *double-blind peer review* e um formulário de avaliação de acordo com critérios internacionais.

Foram 18 meses de trabalho até o primeiro número ser lançado. O tempo atravessou a gestão que tivemos a honra de presidir e alcançou a gestão presidida por André Brito. Qual não foi a honra quando nos convidou para a função de Diretor da Revista Jurídica, posição criada pelo Estatuto de 2020 e mais medida para garantir a estabilidade da *Jus Scriptum*, que passou a ter uma coordenação própria, com autonomia e cujo mandato não coincide com as gestões, mas com o meio delas, de forma a garantir a manutenção do funcionamento regular da revista.

Hoje, como na primeira edição, vem a lume a edição de abril, maio e junho de 2021, no ano 16 da revista, volume 6.

Conta-se com um Conselho Editorial com a experiência do Diretor Científico de 2016/17, com a competência dos Diretores Científicos e com o suporte do Presidente do Núcleo.

Conta-se com um Conselho Científico ímpar, formado por grandes professores de nossa casa, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e com brilhantes professores brasileiros, provenientes das melhores universidades de todas as regiões do país. Materializa-se o que se pode orgulhosamente chamar de um conselho científico luso-brasileiro.

Por fim, o auxílio luxuoso de um corpo de avaliadores formado por doutores e doutorandos de diversas instituições de Brasil, Portugal e Espanha, ao que se busca, não apenas a mais criteriosa avaliação dos artigos submetidos, mas também a pluralidade de influências e escolas jurídicas.

Essa é, pois, uma profunda e histórica causa eficiente de um trabalho feito a muitas mãos - tantas mãos que não se pode explicar, pois apenas se falou daquelas invisíveis mãos que seguram os instrumentos que cinzelam a Jus Scriptum, deixando-se de honrar como se deve as tantas mãos que esmeradamente erguem o Núcleo e seus outros vieses e dimensões. Não é por outra razão que se fez questão de registrar nas páginas que antecederam este Editorial, não apenas os Conselhos e Comissões diretamente ligados à Jus Scriptum, mas também todos os membros que atuam nos órgãos de gestão deste Núcleo.

Por fim, a causa final de uma revista é mesmo o propósito de enriquecer o debate acadêmico, sendo suporte para o conhecimento e fazendo chegar a um qualificado número de investigadores, juristas e interessados em sentido amplo. A concretização dessa potência depende agora da comunidade acadêmica, que encontra Jus Scriptum portas abertas à discussão.

Cláudio Cardona¹
Diretor da Jus Scriptum

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Especialista pós-graduado em Processo Civil Contemporâneo e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Conselheiro Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente da Assembleia do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Núcleo Acadêmico de Lisboa do IBD FAM. Sócio do escritório Cardona&Wanderley Advogados Associados. Advogado e consultor jurídico. Foi Conselheiro Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre 2019 e 2021, Diretor e Presidente do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre 2018 e 2020, Vice-Presidente do Núcleo de História do Direito também da FDUL entre 2020 e 2021.

OS JUÍZES MUNICIPAIS NO BRASIL IMPÉRIO

MUNICIPAL JUDGES IN BRAZILIAN EMPIRE

Maria Cristina Carmignani¹

1. Introdução

O presente artigo é fruto de pesquisa voltada ao estudo do sistema judiciário luso-brasileiro e da docência na disciplina de História do Direito Luso-brasileiro, ministrada na graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O estudo do período colonial² demonstrou a importância da administração municipal e suas implicações no âmbito judicial, representado pela figura dos juizes da terra, ou ordinário, que aplicavam o direito costumeiro local.

Essa estrutura administrativa e judicial municipal fez com que prevalecessem os interesses da comunidade local, tendo em vista a aplicação de um direito eminentemente local.

Com o decorrer dos anos, especialmente com a vinda da família real e da Corte portuguesa, o controle e a ingerência do governo metropolitano foram se acentuando, cerceando a autonomia das elites locais com um novo aparato judicial e administrativo.

Mesmo com a independência do Brasil essa estrutura judicial, de matiz portuguesa, será mantida, iniciando-se o processo de transformação das instituições judiciárias com a

¹ Professora Doutora de História do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutora, Mestre e Especialista pela mesma Faculdade. Integrante do Grupo de Pesquisa "Direito das Fontes", cadastrado no CNPQ, voltado ao estudo da História do Direito luso-brasileiro, a História do Processo Civil e da Organização Judiciária brasileira.

² Azevedo, Luiz Carlos e Carmignani, Maria Cristina da Silva. A organização Judiciária no Brasil Colônia, Revista UNIFIEO – Ano 2, n. 3 (2000) – Osasco. P. 35/42. Carmignani, Maria Cristina. A Justiça no Brasil Colônia, Revista da Faculdade de Direito da USP – Ano. 2018. Vol. 113. P. 45/75

Constituição de 1824, quando alguns órgãos são suprimidos, tais como a Casa da Suplicação, e outros alterados.

No entanto, com a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832 toda a organização judiciária brasileira foi reformulada, reorganizando-se a justiça criminal, com extensão ao cível, substituindo os juízes ordinários e juízes de fora pelos juízes de paz (natureza conciliatória), juízes de direito (atuação na Comarca) e os juízes municipais (que atuavam no termo), dentre outros.

A introdução dos juízes municipais, assim como dos juízes de paz, mostra a preocupação (inicialmente) no período imperial em se buscar uma descentralização e democratização da administração da justiça, tendo em vista o centralismo predominante no período pré-independência e durante o 1º reinado, que levava a um distanciamento da população.

Desta forma, iremos procurar trazer uma contribuição ao estudo da historiografia jurídica, mais uma vez no âmbito da organização judiciária, estudando o âmbito de atuação desses juízes municipais durante o Império.

2. Antecedentes históricos

O Brasil, no período colonial, não conheceu a figura dos juízes municipais, não obstante esse período tenha sido marcado por uma importância acentuada das Câmaras Municipais e do direito local, especialmente durante o sistema das Capitânicas Hereditárias²³.

Essa condição da colônia concedeu uma esfera significativa de poder aos municípios, cuja autonomia estava intimamente ligada ao grau de ingerência da metrópole, por meio de seus órgãos oficiais, o que variou ao longo do período, de acordo com a conjuntura política e econômica.

Para tanto, dentro da organização municipal, com autonomia para realizar julgamentos e para aplicar o direito costumeiro e o direito local, encontrava-se a figura do juiz ordinário, ou juiz da terra, que em conjunto com os vereadores constituíam os juízes de 1º instância no Brasil.

A regulamentação dessa forma de administração mu-

²³ Ver a respeito da organização judiciária e o direito no período do Brasil Colônia, CARMIGNANI, Maria Cristina. *A Justiça no Brasil Colônia*, op. cit

nicipal encontrava-se descrita nas Ordenações do reino – Manuelinas e Filipinas – que tiveram aplicação no Brasil⁴.

O controle e a ingerência do governo metropolitano foram se acentuando com o decorrer dos anos, o que se consolidou com a vinda da família real e da Corte portuguesa, trazendo consigo instituições que antes só existiam em solo português, tais como a Casa da Suplicação e o Desembargo do Paço, dentre outras, fazendo prevalecer em definitivo as leis e determinações régias, assim como a presença dos juizes letrados.

Com o Brasil independente de Portugal, fazia-se necessário a construção de um arcabouço jurídico próprio, para consolidar a autonomia do Império.

A Lei de 20/10/1823 estabelecia que as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821 permaneceriam vigentes no Brasil, o que incluía a organização judiciária.

A Constituição Imperial, principal criação do governo imperial sob o ponto de vista da formulação política administrativa do Estado, deu início à modificação da estrutura judicial brasileira, antes reflexo da estrutura portuguesa.

O art. 179, inciso XVIII da Constituição imperial determinavaque: “*Organizar-se-há quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça e Equidade*”.

Assentadas as bases do novo regime, havia a necessidade de novas leis para administração e distribuição da justiça, com a extinção de alguns órgãos coletivos e singulares, bem como a reforma de outros, tais como:

- Extinção da Casa da Suplicação (criada em 1808 – elevação do Tribunal da Relação do RJ); Desembargo do Paço; Juntas do comércio;
- Mantidas os Tribunais das Relações, Supremo Tribunal Militar, Juntas da Fazenda; juizes de fora, juizes ordinários, juizes de órfãos, os ouvidores e corregedores;

⁴ A respeito das Ordenações do Reino de Portugal, aplicadas aqui no Brasil até a formação de um direito próprio brasileiro, ver POVEDA, Ignácio Maria, Ordenações do reino de Portugal. São Paulo, Rev. Da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 89, jan/dez 1994

- Consagração do júri – artigos 151/152 da CF. (competência cível e criminal);
- Criação do Supremo Tribunal de Justiça (em substituição à Casa da Suplicação) – artigos 163/164 CF. – instituído efetivamente em 18/9/1828 (Rio de Janeiro);
- Instituição do juizado de paz (Lei 15/10/1827) – artigos 161/162 da CF. (atribuições de conciliação e outras de caráter administrativo e policial);

Verifica-se que no processo de independência do Brasil, a modificação dos órgãos jurisdicionais teve uma importância muito grande, tendo sido o primeiro passo rumo à desvinculação da antiga Metrópole, antecedendo à elaboração de um direito nacional, que decorreu das codificações ordinárias, fruto da formação e amadurecimento de uma elite jurídica própria brasileira.

Nesse percurso, foi o Código de Processo Criminal do Império, promulgado em 1832, que transformou o processo e a organização judiciária brasileira, tornando o processo mais flexível, *eliminando formalismos desnecessários e recursos excessivos, tudo para favorecer uma prestação jurisdicional mais racional e célere e menos dispendiosa*⁴⁵.

3. O Código de Processo Criminal de 1832

Projeto de Manoel Alves Branco, o Código de Processo Criminal do Império, além de estabelecer novas formas do procedimento penal, alterando aquelas herdadas da legislação portuguesa, tratou também da organização judiciária, modificando os juízos de primeira instância.

O Código de Processo Criminal pôs fim ao sistema judiciário colonial, extinguindo a figura dos juízes coloniais, ouvidores, etc., uma vez que dispunha não apenas sobre processo, como se disse acima, mas também sobre a administração da justiça, tratando dos procedimentos e competências dos novos juízes do sistema.

Segundo Lenine Nequete⁶, o Código de Processo Cri-

5 AZEVEDO, Luiz Carlos de et al. Lições de História do Processo Civil Lusitano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 178.

6 O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência – I – Império. Livraria

minal foi “obra de um desses surtos do espírito liberal dos brasileiros, que tantas vezes irrompeu no decurso da história pátria; que irrompera na Constituinte de 1823, violentamente dissolvida pelo primeiro Imperador, e que, mais tarde, de novo irromperia na revolução de 1831”.

Nesse mesmo sentido, Luiz Carlos de Azevedo⁷ afirma que o Código de Processo Criminal *marcou época em razão da primorosa redação e de seu conteúdo liberal – trazia como título à parte (título único) a Disposição provisória acerca da administração da justiça civil.*

Haroldo Valladão⁸ igualmente ressalta a importância do Código na emergente cultura jurídica brasileira, “(...) *inspirando-se no liberalismo das instituições inglesas, organizando o júri já consagrado na Constituição de 1824, e dando entrada na legislação do país ao grande remédio do habeas corpus, já mencionado no Código Criminal de 1830, banuiu o bárbaro processo inquisitorial, que era o das Ordenações do Livro V, e adotou o processo acusatório, pelo qual o acusador deve provar a acusação, sob pena de ser absolvido o réu.*”

César Tripoli⁹ também aponta o valor jurídico do Código, considerando “*o sistema processual adotado e as instituições mais modernas e universais nele consagradas, para aquilatar-se a importância do mesmo, expoente, aliás, da cultura jurídica que caracterizava a intelectualidade da época. (...) Pelo aspecto técnico, não se pode negar, a este Código, o dote da simplicidade e clareza, eis que sistematizou a Justiça criminal, de molda a infundir, na alma nacional, um salutar sentimento de tranquilidade e de segurança.*”

Foi na primeira parte do Código de Processo Criminal do Império que se tratou da nova organização judiciária, com a extinção dos Juizes de Fora e Ordinários, Ouvidores de Comarca, Corregedores do Cível e do Crime, Juntas de Justiça e Conselho da Fazenda criando, em substituição, a figura dos Juizes como magistrados em 1ª instância: Juizes de Direito, Juizes Municipais e Juizes de Paz (criados pela Constituição do Império).

Sulina Editora: Porto Alegre, RS, 1973, p. 51.

7 Op. Cit., p. 178.

8 in História do Direito – especialmente do direito brasileiro. 4ª. Ed. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos. 1980, p.133.

9 In História do Direito Brasileiro, São Paulo: RT, 1936-1974. Volume II. 1º Tomo, p. 289.

Da estrutura anterior, herdada do direito português, foram mantidos as Juntas da Fazenda e os Juizes de órfãos, bem como em 2^a. Instância os Tribunais das Relações.

Nessa nova estrutura, foram ainda introduzidos os Tribunais do Comércio, criados pelo Código Comercial de 1850,¹⁰ que atuavam em 1^o e 2^a instâncias, apenas para julgar causas mercantis, além do Supremo Tribunal de Justiça, em substituição à Casa da Suplicação, criado pela Constituição do Império.

Em tais condições, assim se estruturou a organização judicial no Império: em 1^a instância, Juizes de Direito, Juizes Municipais e Juizes de Paz, além da figura do Promotor de Justiça; em 2^a. Instância os Tribunais das Relações e por fim, o Supremo Tribunal e Justiça.¹¹

Como ainda não havia um Código de Processo Civil, o que veio a ocorrer apenas na República (1939), as disposições do Código de Processo Criminal foram estendidas ao Cível, que até então era regulado pelo Livro III das Ordenações Filipinas (até o advento do Regulamento 737, que tratava do processo aplicado nos Tribunais do Comércio).

O Código de Processo Criminal continuou prestigiando o fortalecimento das autoridades locais¹², por meio dos juizes locais, aumentando as atribuições dos juizes de paz e criando os juizes municipais.

O período regencial, no qual foi elaborado o Código de Processo Criminal, foi bastante tumultuado, e teve como ponto central dos debates a questão da centralização e des-centralização do poder.

Segundo Boris Fausto¹³, *“Naqueles anos, estive em jogo a unidade territorial do país, e os temas da centralização de da des-*

10 Os Tribunais do Comércio perderam as suas funções como órgãos do Poder Judiciário em 1873, por meio do Decreto n. 2.342/1873, que os enquadrou como órgãos administrativos de registro de atos comerciais. Ver a respeito, MARTNS FILHO, Evolução Histórica da estrutura Judiciária Brasileira – in Revista do TST, Brasília, Vol. 65, n.1, out/dez 1999.

11 A respeito das atribuições do Supremo Tribunal de Justiça, instituído em substituição à Casa da Suplicação, ver CARMIGNANI, Maria Cristina. O Precedente Judicial na História do Direito Lusó- Brasileiro. In Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci, Organizadores Flávio Luiz Yarshell e outros, p. 413/423, Salvador, 2018, Ed. JusPODIVM

12 Ver a respeito dos juizes de paz, ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. Direito Judiciário brasileiro, 5^a. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p.89.

13 In História concisa do Brasil, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2001. P.86

centralização do poder, do grau de autonomia das províncias, da organização das forças armadas assumiram o centro do debate político. As reformas realizadas pelos regentes são também um bom exemplo das dificuldades de se adotar uma prática liberal que fugisse aos males do absolutismo”.

Mary Del Priore¹⁴ afirma que *“na prática, portanto, a abdicação significava a transferência do poder para as elites regionais, tendo em vista que o cargo máximo do governo – inicialmente na forma de regência trina (ou seja, composto por três regentes) e, depois, na forma da escolha de um único regente, como foi Diogo Feijó (1835-37) e Araújo Lima (1837-40)-, passou a ser definido via eleição. A descentralização, porém, ao contrário do imaginado, acentuou ainda mais as tendências separatistas”.*

O espírito liberal do período apontava para um processo de descentralização do poder, que irá se refletir na estrutura judicial, como aponta José Murilo de Carvalho¹⁵, como forma de reação à antiga magistratura considerada representativa do velho estilo absolutista.

Antonio Francisco de Paula Souza¹⁶, ao discorrer sobre o federalismo como forma mais apropriada de governo para se alcançar a descentralização, ressalta a importância da ação dos municípios nesse contexto:

“... A descentralização administrativa liberta o cidadão das peias que o prendem ao governo. Este se transforma em mero agente do povo soberano. E por isso perde grande parte dessas prerrogativas e privilégios que até agora tem possuído. Além disso com a descentralização falta-lhe esse mecanismo pesado e lento, mas indispensável para ganhar eleições e mistificar os cidadãos, e o torna portanto menos poderoso. Os cidadãos se transformam de pupilos em fiscais dos actos do governo, e não se mostrarão tão pródigos em ovações e servilismos.”

Nesse contexto, duas novas magistraturas são representativas desse processo de descentralização, os juizes de paz e os juizes municipais.

Segundo Thomas Flory,¹⁷ a introdução dos juizes de

¹⁴ In Uma Breve História do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010. P. 167

¹⁵ In A Construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: UFRJ: Relume-Dumará, 1996, p. 158.

¹⁶ In A república federativa no Brazil. Sao Paulo: Typ. do Ipiranga, 1869. p. 11.

¹⁷ El juez de paz y el jurado em el Brasil imperial. México: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 81.

paz, eleitos – criados pela Constituição Imperial e regulamentados pela Lei de 15 de outubro de 1827 – marca a primeira reforma do sistema judiciário no Brasil.

Foram extensos os poderes concedidos a essa magistratura, que não passava pela indicação do Imperador, figurando como um representante do povo, não letrado, cujas atribuições não se limitavam apenas a promover conciliações, como se vê dos dispositivos legais abaixo transcritos:

Art 1º Em que cada umas das freguezias e das capellas filiaes curadas, haverá um Juiz de Paz e um supplente para servir no seu impedimento, emquanto se não estabelecerem os districtos, corforme a nova divisão estatística do Imperio.

Art 2º Os Juizes de Paz serão electivos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os Vereadores das Camaras.

Art 3º Podem ser Juizes de Paz os que podem ser eleitores.

.....
Art 5º Ao Juiz de Paz compete:

§ 1º Conciliar as partes, que pretendem demandar, por todos os meios pacíficos, que estiverem ao seu alcance: mandando lavrar termo do resultado, que assignará com as partes e Escrivão. Para a conciliação não se admitirá procurador, salvo por impedimento da parte, provado tal, que a impossibilite de comparecer pessoalmente e sendo outrosim o procurador munido de poderes illimitados.

§ 2º Julgar pequenas demandas, cujo valor não exceda a 16\$000, ouvindo as partes, e á vista das provas apresentadas por ellas; reduzindo-se tudo a termo na forma do paragrapho antecedente.

§ 3º Fazer separar os ajuntamentos, em que ha manifesto perigo de desordem; ou fazer vigial-os a fim de que nelles se mantenha a ordem; e em caso motim deprecar a força armada para rebatel-o, sendo necessario. A acção porém da tropa não terá logar, senão por ordem expressa do Juiz de Paz, e depois de serem os amotinadores admoestados pelo menos tres vezes para se recolherem as suas casas, e não obedecrem.

§ 4º Fazer pôr em custodia o bebedo, durante a bebedice.

§ 5º Evitar as rixas, procurando conciliar as partes; fazer que não haja vadios, nem mendigos, obrigando-os a viver de honesto trabalho, e corrigir os bebedos por vicio, turbulentos, e meretriz escandalosas, que perturbam o socego publico, obrigando-os a assignar termo de bem viver, com comminação de pena; e vigiando sobre seu procedimento ulterior.

§ 6º Fazer destruir os quilombos, e providenciar a que se não formem.

§ 7º Fazer auto de corpo de delicto nos casos, e pelo modo marcados na lei.

§ 8º Sendo indicado o delinquente, fazer conduzi-lo a sua presença para interrogal-o à vista dos factos existentes, e das testemunhas, mandando escrever o resultado do interrogatorio. E provado com evidencia quem seja o deliquente, fazer prendel-o na conformidade da lei, remettendo-o immediatamente com o interrogatorio ao juiz Criminal respectivo.

§ 9º Ter uma relação dos criminosos para fazer prendel-o, quando se acharem no seu districto; podendo em noticia de algum criminoso em outro districto, avisar disso ao Juiz de Paz, e ao Juiz Criminal respectivo.

§ 10º Fazer observar posturas policiaes das Camaras, impondo as penas dellas aos seus violadores.

Mesmo com o advento do Código de Processo Criminal do Império os juizes de paz mantiveram essas atribuições, mas a partir do 2º. Reinado tem inicio um processo de centralização do poder, voltado a conquistar apoio para a Regência, o que irá se refletir mais uma vez nas instituições juridicas.

Nas palavras de Boris Fausto¹⁸, “*o tema da centralização ou da descentralização do poder dividiu conservadores e liberais. Porém na prática essa divisão foi relevante na década de 1830, quando as duas tendências ainda não chegavam a ser partidos. As medidas do “regresso” e a maioria de Dom Pedro, promovida pelos próprios liberais, assinalaram a vitória do modelo centralizador. Daí para frente, os dois partidos aderiram a ele, embora os liberais insistissem da boca para fora em defender a descentralização*”.

Com a ascensão de D. Pedro II ao trono, por meio do Ato Adicional que antecipou a sua maioria, várias medidas de regresso foram tomadas, tais como o restabelecimento do Conselho de Estado, a supressão do principio eletivo, e a reforma do Código de Processo Criminal voltado a fazer com que todo o aparato administrativo e judiciário voltasse ao controle do governo central, reforçando a figura do imperador.¹⁹

Mary Del Priore²⁰ também destaca esse processo, aduzindo que “*ao cabo de uma década, as instituições e articulações políticas dos dirigentes do Império foram suficientemente eficazes a ponto de sufocar os revoltosos e convencer as elites locais da im-*

18 In op.cit., p. 98.

19 Nesse sentido, ver Boris Fausto, op. Cit., p. 94/95.

20 In O Livro de Ouro da História do Brasil. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 219.

portância e viabilidade do projeto centralizador. Nesse sentido, 1850 representa um marco do que se planejava desde o “golpe da maioria”. Pode-se mesmo afirmar que esse ano consolida 1822: finalmente cessam os projetos de independência “alternativa” liderados pelas oligarquias provinciais, e a monarquia firma-se como o sistema político que garante a manutenção da unidade territorial herdada do período colonial.”

Nas discussões travadas na Assembleia Geral a respeito do Projeto de lei que deu origem a essa reforma, as palavras do Ministro Paulino José Soares de Souza²¹ retratam bem o espírito centralizador da época e os problemas que decorreram do excesso de poder concedidos às autoridades locais:

“(…) quem tiver meditado por um pouco sobre a legislação que se seguiu ao 7 de abril há de reconhecer – disse – que a tendência da legislação dessa época era para localizar, fracionar, enfraquecer e retirar do centro os poderes e colocá-los nas localidades. As influências das localidades habituaram-se assim a ditas condições ao governo, impondo-lhe os homens que querem para juizes.. Os juizes de paz, que a Constituição parece haver querido reduzir às conciliações, são de eleição popular: nas suas mãos a nossa legislação atual depositou toda a autoridade criminal e exclusivamente a rama das pronuncias de todas a mais forte e a mais terrível, Os juizes municipais, de órfãos e promotores são propostos por listas triplices, pelas Câmaras Municipais, que também organizam a lista de jurados. Assim, quase toda a justiça nasce e forma-se nos municípios por uma maneira quase independente, porque, ainda que aos presidentes de província pertença nomear juizes municipais, de órfãos e promotores, é essa nomeação dependente e limitada a três indivíduos propostos pelas Câmaras. Que justiça se poderia esperar de tais autoridades? Que garantias tem elas oferecido? Uma luta continuada, uma série não interrompida de reações, todo o favor, toda a proteção para os que as elegeram, toda a perseguição para os que não quiseram contribuir para a sua eleição. O projeto vem dar um remédio para este estado de coisas. Vou lançar uma vista d’olhos sobre cada um dos pontos cardeais do projeto e examinar de passagem os Melhoramentos que ele traz consigo.

.....
Vamos à instituição dos juizes municipais. Eleitos pelos vereadores, estes juizes nem sempre têm sido escolhidos dentre as pessoas mais idôneas do município. Entrega-se a um homem que nunca ouviu enunciar o princípio mais trivial de jurisprudência o conheci-

mento de causa que jogam com a nossa complicada legislação civil. Homens ocupados em suas lavouras ou comércio, quando querem proceder com consciência, têm de pagar assessores: os menos escrupulosos se entregam cegamente ao advogado do lugar que monopoliza a justiça, ou entregam os processos às próprias partes para que vão buscar despachos e sentenças, de que muitas vezes encarregam os seus próprios letrados. E muitos outros inconvenientes que o projeto busca remediar, autorizando o governo a marcar um ordenado aos juizes municipais, quando forem profissionais, nos lugares onde assim convenha, anexando-lhes as funções de juizes de órfãos e algumas do crime e dando a nomeação destes juizes ao governo (...).(g/n)

A reforma do Código de 1841 vem colocar em prática esse “espírito centralizador”, realizando diversas modificações na organização judiciária, com a criação de novos cargos, tais como de chefe de policia, delegado e subdelegado, ea restrição de outros, dentre os quais os juizes de paz, cujas atribuições foram esvaziadas.

Com relação aos juizes municipais, absorveram muitas das atribuições que outrora eram dos juizes de paz e em contrapartida tiveram alterado a forma de nomeação, passando a ter maiores exigências para a ocupação do cargo.

4. Dos Juizes Municipais

Inicialmente os juizes municipais eram indicados pelas Câmaras Municipais, por meio de lista tríplice, dentre os habitantes da localidade, para nomeação pelo Governo, na Província onde estivesse a Corte, e aos Presidentes dos Conselhos, nas outras Províncias, com mandato de três anos, para atuar no Termo, consoante disposto nos artigos 33 e 34 do Código de Processo Criminal:

Art. 33. Para a nomeação dos Juizes Municipaes as Camaras Municipaes respectivas farão de tres em tres annos uma lista de tres candidatos, tirados d'entre os seus habitantes formados em Direito, ou Advogados habeis, ou outras quaesquer pessoas bem conceituadas, e instruidas; e nas faltas repentinas a Camara nomeará um, que sirva interinamente.

Art. 34. Estas listas serão remetidas ao Governo na Provincia, onde estiver a Côrte, e aos Presidentes em Conselho nas outras, para ser nomeado d'entre os tres candidatos um, que deve ser o Juiz Municipal no Termo.

O Termo seria a base da circunscrição judiciária, introduzido a partir do Império: era o local onde se reunia o Conselho de Jurados, e poderia reunir dois ou mais municípios.

Como explica João Mendes de Almeida Junior²², “Os Municípios em que não se apurassem pelo menos 50 jurados eram reunidos ao termo ou termos mais vizinhos para formarem um só Conselho de Jurados; e os Presidentes das Províncias designavam o lugar da reunião do Conselho e da Junta Revisora. Os municípios, porém, que fôssem ou se achassem reunidos debaixo da autoridade de um só Juiz Municipal e tivessem apurado mais de cinquenta jurados, cada um teria um Conselho separado do dos outros municípios ao qual fossem anexos, devendo a reunião do dito Conselho verificar-se na respectiva vila para o julgamento de todas as causas que lhe pertencessem, como se o município reunido não fora”.

Desta forma, os termos seriam uma subdivisão das Comarcas²³ e poderiam ser: (a) simples, formado de um único Município; (b) compostos, quando formado por vários municípios reunidos, sob a égide de um único Conselho de Jurados; e (c) reunidos, formados por vários municípios, cada qual contando com Conselhos de Jurados separados, mas todos sob a jurisdição de um único Juiz Municipal.²⁴

Com relação às atribuições desses Juizes, o artigo 35 do Código de Processo Criminal dispunha que caberiam a eles, sempre dentro do Termo,

(1) substituir o Juiz de Direito no caso de impedimentos, ou faltas; (2) executar as sentenças, e mandados dos Juizes de Direito, ou Tribunais; (3) e exercer, cumulativamente, a jurisdição policial²⁵.

Como se disse acima, em 1841 o Código de Processo Criminal foireformado pela Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, na esteira do processo centralizador do poder imperial,

²² In Direito Judiciário Brasileiro. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Livraria Freitas Bastos. p.90.

²³ PIMENTA BUENO, José Antonio. Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 2ª Edição correcta e augmentada. 1857. p. 36.

²⁴ Com relação às competências dos juizes no Império, de acordo com a divisão territorial, os Juizes de Direito atuavam nas Comarcas, os Juizes Municipais nos Termos e os Juizes de Paz nos distritos. Ver a respeito ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes, op. cit., p. 88/91.

²⁵ Ver a respeito dos Juizes Municipais, RENDON, José Arouche de Toledo, Elementos de Processo Civil, precedidos de instruções para os juizes municipais. Editado sob as vistas do Dr. Manoel Dias de Toledo, São Paulo: Typographia do Governo – em Palacio, 1850.

que efetivou mudanças com relação à nomeação dos Juízes Municipais, a qual passou a ser feita pelo Imperador:

Art. 13. Os Juizes Municipaes serão nomeados pelo Imperador d'entre os Bacharéis formados em Direito, que tenham pelo menosum anno de pratica do fôro adquirida depois da sua formatura.

Art. 14. Esses Juizes servirão pelo tempo de quatro annos, findo os quaes poderão ser reconduzidos, ou nomeados para outros lugares, por outro tanto tempo, com tanto que tenham bem servido.

Art. 15. O Governo poderá marcar a estes Juizes um ordenado, que não exceda a quatrocentos mil réis.

Nesse ponto, além da mudança do processo de nomeação dos Juízes Municipais, que se tornou direta, não mais passando pela lista tríplice proposta pelas Câmaras Municipais, também passou-se a exigir melhor qualificação, ou seja, que fossem necessariamente bacharéis, com as exceções previstas nos artigos 16 e 19 do mesmo diploma processual:

Art. 16. Emquanto se não estabelecerem os Juizes do art. 13., e nos lugares onde elles não forem absolutamente precisos, servirão os Substitutos do art. 19.

.....
Art. 18. Quando os Juizes Municipaes passarem a exercer as funções de Juiz de Direito, ou tiverem algum legitimo impedimento, ou forem suspeitos, serão substituidos por Supplentes na forma do artigo seguinte.

Art. 19. O Governo na Côrte, e os Presidentes nas Provincias, nomearão por quatro annos seis Cidadãos notaveis do lugar, pela sua fortuna, intelligencia e boa conducta, para substituirem os Juizes Municipaes nos seus impedimentos, segundo a ordem em que seus nomes estiverem.

Se a lista se esgotar, far-se-ha outra nova pela mesma maneira, devendo os incluídos nesta servir pelo tempo que faltar aos primeiros seis; e emquanto ella se não formar, os Vereadores servirão de Substitutos pela ordem da votação.

No entanto, as Relações podiam autorizar que, na falta de bacharéis, pessoas hábeis na prática forense pudessem atuar no foro.²⁶

Assim, a partir do segundo reinado consolidou-se o “reinado dos bacharéis”, usando-se da expressão de Gilberto Freyre²⁷, trazendo consigo os ideais do liberalismo.

²⁶ LOPES, José Reinaldo. O Direito na História. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2008. P. 268.

²⁷ FREYRE, Gilberto. Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 6ª. Ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1981, Tomo 2, p. 575.

Com relação às competências desses juízes, foram alargadas, passando a ter atribuições para julgamento de alguns crimes, bem como abarcaram as atribuições criminais e policiais que outrora eram exercidas pelos Juízes de Paz, dentre outras, abaixo enumerada:

Art. 17. Compete aos Juizes Municipaes:

§ 1º Julgar definitivamente o contrabando, excepto o apprehendido em flagrante, cujo conhecimento, na fôrma das Leis, e Regulamentos de Fazenda, pertence às Autoridades Administrativas; e o de Africanos, que continuará a ser julgado na fôrma do Processo comum.

§ 2º As attribuições criminaes e policiaes, que competão aos Juizes de Paz.

§ 3º Sustentar, ou revogar, ex-officio, as pronuncias feitas pelos Delegados e Subdelegados.

§ 4º Verificar os factos que fizerem objecto de queixa contra os Juizes de Direito das Comarcas, em que não houver Relação, inquirir sobre os mesmos factos testemunhas, e facilitar às Partes a extracção dos documentos que ellas exigirem para bem a instruirem, salva a disposição do art. 161 do Codigo do Processo Criminal.

§ 5º Conceder fiança aos réos que pronunciarem ou prenderem.

§ 6º Julgar as suspeições postas aos Subdelegados.

§ 7º Substituir na Comarca ao Juiz de Direito na sua falta ou impedimento. A substituição será feita pela ordem que designarem o Governo na Côrte, e os Presidentes nas Provincias.

A referida Lei n. 261/1841 também atribuiu aos Juízes Municipais competência no cível, dentro do Termo, para julgamento de todas as causas cíveis que estivessem na sua alçada, sem possibilidade de recurso; para execução dos mandados e sentenças cíveis, dentre outras competências:

Art. 114. Aos Juizes Municipaes compete:

1º Conhecer e julgar definitivamente todas as causas civeis, ordinarias ou summarias, que se moverem no seu Termo, proferindo suas sentenças sem recurso, mesmo de revista, nas causas que couberem em sua alçada, que serão de trinta e dous mil réis nos bens do raiz, e de sessenta e quatro nos moveis.

2º Conhecer e julgar da mesma fôrma, contencioso o administrativamente, todas as causas da competencia da Provedoria dos Residuos.

3º Conhecer e julgar definitivamente todas as causas de Almotaceria que excederem á alçada dos Juizes de Paz.

4º Executar no seu Termo todos os Mandados e sentenças civeis, tanto as que forem por elles proferidas, como as que forem por outros Juizes ou Tribunaes, com excepção unicamente das que couberem na alça-

da dos Juizes de Paz.

5º Toda a mais jurisdição cível que exercerem os actuaes Juizes do Cível.

A jurisdição dos Juizes Municipais estava circunscrita a um ou mais Municípios, dependendo da extensão e população, podendo ser em maior número, com jurisdição cumulativa, como disposto no art. 20 do Código.

Em 1871 é editada a Lei n. 2033, que altera diferentes disposições da legislação judiciária, dentre as quais se destaca a separação das funções policiais e judiciárias²⁸, criando o inquérito policial e passando as atribuições policiais aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia. Manteve-se, no entanto, como estabelecido no art. 10 da referida lei, as atribuições destes para o preparo do processo dos crimes, até a sentença²⁹.

Por essa razão, a referida lei eximiu os magistrados de aceitarem o cargo de chefe de polícia e declarou incompatível o exercício do cargo de Juiz Municipal com o de qualquer autoridade policial (art. 1º, parágrafo 4º).

Como se pode verificar, durante o império foi se consolidando a separação das funções judiciárias, legislativas e executivas que, não raro, especialmente no período colonial, eram exercidas pelos mesmos Oficiais, como ocorriam nas Câmaras das Vilas, em que os Vereadores acumulavam todas essas funções, juntamente com os juizes ordinários.³⁰

Nessa esteira, a reforma de 1871 caminhou no sentido de distinguir a natureza das atribuições dos Magistrados, de natureza judicial, atribuindo as de natureza policial para os novos oficiais criados: Chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia.

Dentre as atribuições de polícia anteriormente exercidas pelos magistrados, coube aos juizes municipais a competência para o processo crime de contrabando, fora de flagrante delito e o julgamento das infrações aos Termos de Segurança e Bem Viver firmados por Juiz de Paz ou autoridades policiais.(art.3º)

28 Sobre o inquérito policial, separando a justiça da policia, ver NEQUETE, Lenine, ob.cit., p. 85/86.

29 Ver a respeito CARVALHO, José Murilo de. A Construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: UFRJ: Re-lume-Dumarã, 1996. p. 159.

30 Ver a respeito, CARMIGNANI, Maria Cristina. Op.cit.

Finalmente, os juízes municipais tiveram a sua competência aumentada para as causas cíveis, cabendo-lhes “o preparo de todos os feitos civis que entendessem com o julgamento dos juízes de direito, e, bem assim, para o processo e decisão das causas cíveis de mais de 100\$00 até 500\$000, com apelação para estes últimos, a publicação e a execução das sentenças cíveis, e o recebimento e preparo dos recursos que delas coubessem”³¹(art. 23)

Triunfa, portanto, a magistratura letrada, indicada pela autoridade central, com prevalência aos juízes de direito, atuando nas Províncias, e aos juízes municipais, atuando no termo.

Com o advento da República, foi mantido inicialmente a estrutura judicial do período imperial uma vez que a Constituição de 1891 pouco se referia à organização judiciária estadual, cuja competência, assim como em matéria de processo, foi entendida como de atribuição dos Estados, passando estes a terem prerrogativas de regulamentar os processos judiciais³².

Como consequência do regime federalista, o Brasil passou a adotar o modelo norte-americano, com a instituição da Justiça Federal, nos moldes instituídos pelo Decreto 848, de 11 de outubro de 1890 e juízes indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado.

A justiça descentralizada no início da República fez com que não houvesse uniformidade com relação à denominação de cargos em 1ª e 2ª Instâncias nos Estados, naqueles que fizeram alterações na estrutura do período Imperial.

Nesse sentido, em alguns Estados do Brasil ainda se manteve a previsão de Juízes Municipais,³³ como ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, que se destacou em matéria de processo, com a edição do primeiro Código de Processo Civil e Comercial, editado em 1908.

31 NEQUETE, Lenine, op.cit., p. 84.

32 Nesse sentido discorre AZÉVEDO, Luiz Carlos e TUCCI, José Rogério, in *Lições de História do Processo Civil Lusitano*, p.187/195.

33 A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1935 previa a existência da classe de juízes Municipais e a Lei n. 5.256, de 22 de agosto de 1966, que reformou o Código de Organização Judiciária daquele Estado, previa juízes municipais vitalícios, com atribuições reduzidas, tais como para o cumprimento de precatórias criminais nos processos de sua competência; para o processo e julgamento das contravenções penais e dos crimes passíveis de pena de reclusão ou de detenção, até um ano, com ou sem multa; dentre outras.

No entanto, gradativamente vai desaparecendo a figura dos juízes municipais e preponderando a figura do juiz de Direito, letrado, vitalício.

5. Conclusão e análise crítica

O estudo histórico da organização judiciária no Brasil Colônia e Império revela a disputa frequente entre poder local e poder central, representados pelas Câmaras das Vilas/Municípios e o Governo Geral/Monarca (Imperador), por meio das magistraturas leigas/eletivas e eruditas/indicadas por uma autoridade.

Essa constante tensão, como se viu, decorreu do contexto político-social de cada período, permeado pela constante discussão entre centralização edescentralização do poder, como se deu no Império, no 1º e no 2º Reinados.

Em decorrência, muitos foram os reflexos na organização judiciária e na legislação judiciária e processual, sendo um exemplificativo o Código de Processo Civil do Império e as diversas reformas legislativas pelos quais passou esse diploma legal.

Por outro lado, como se viu, acentuo-se a partir do 2º Reinado a discussão a respeito da importância de uma magistratura técnica, com conhecimento jurídico, independente, desvinculada dos interesses de uma elite ou das autoridades.

Nesse sentido, os juízes de paz, leigos e eleitos, perderam gradativamente as suas atribuições, muitas delas transferidas para os juízes municipais que, como vimos, tiveram as suas atribuições aumentadas com as reformas do Código de Processo Criminal e da legislação judiciária do Império, e em contrapartida passaram a contar com maiores exigências quanto ao conhecimento técnico-jurídico para a sua indicação, além da nomeação pelo Presidente de Província ou o Governo na Corte³⁴.

Prevaleceu no Império, portanto, a magistratura técnica, erudita, os *“Bachareis formados em Direito, que tenham pelo menos um anno de pratica do fôroadquirida depois da sua formatu-*

³⁴ A Constituição do Império previa a independência do poder judicial, como disposto nos artigos 151 e seguintes, entendido como não vinculação a outro poder. Nesse sentido, o fato de serem indicados não descaracterizava essa condição.

ra”, sem vinculação aos interesses de uma classe ou grupo de pessoas, como ocorriam com os juízes leigos e eleitos, supostamente mais aptos a agir com equidade.

Assim, as modificações legislativas feitas na magistratura municipal ao longo do tempo refletem essa preocupação dos últimos anos do Império com a melhoria do sistema judiciário e a escolha de juízes idôneos e preparados para o exercício do cargo³⁵.

6. Bibliografia

Fontes

Ordenações Filipinas, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, reprodução da edição brasileira de Cândido Mendes de Almeida, Rio de Janeiro, 1870, Tip. Dp Insst. Filomático.

Código do Processo Criminal do Império. Disponível em: <http://www2.senaado.leg.br/bdsf/handle/id/221680>

Coleção das Leis do Império do Brasil. Disponível em: http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/18334ga=2.47659303.1274373229.159441_2350-1679793913.1594412323

Obras

ALMEIDA, Cândido Mendes de. Prefácio à edição do Código Philipino. Rio de Janeiro: Tip. Inst. Philomático, 1870.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. Direito Judiciário brasileiro. 5ª. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Introdução à História do Direito. São Paulo: RT, 2005.

AZEVEDO, Luiz Carlos de et al. Lições de Historia do Processo Civil Lusitano. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

AZEVEDO, Luiz Carlos e Carmignani, Maria Cristina da Silva. A organização Judiciária no Brasil Colônia, Revista UNIFIEO – Ano 2, n. 3 (2000) – Osasco. P. 35/42.

ANDECCHI, Brasil. Elementos de história do direito brasileiro. São Paulo: Pannartz, 1984.

BARROS, Gama. História da Administração Pública em Portugal. Lisboa: Liv. Sá da Costa, 1941.

BESSELAAR, J. Van Den. Introdução aos Estudos Históricos. São Paulo: Edusp, 1974.

CÂMARA, José Gomes B. Subsídios para a história do direito pátrio. Rio de Janeiro: Livraria Brasileira, 1966.

CARMIGNANI, Maria Cristina. O Precedente Judicial na História do Direito Luso- Brasileiro. In Estudos de Direito Processual Civil em homenagem ao

Professor José Rogério Cruz e Tucci, Organizadores Flávio Luiz Yarshell e outros, p. 413/423, Salvador, 2018, Ed. JusPÓDIVM.

CARMIGNANI, Maria Cristina. A Justiça no Brasil Colônia, Revista da Faculdade de Direito da USP – Vol. 113, p. 45/75, 2018.

CARVALHO, José Murilo de. A Construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: UFRJ: Relume-Dumará, 1996.

DEL PRIORE, Mary et al. O livro de ouro da História do Brasil. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

DEL PRIORE, Mary et al. Uma Breve História do Brasil. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2010.

FERREIRA, Waldemar Martins. História do direito brasileiro, Tomos I e II, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1951/1952.

FLORY, Thomas. El juez de paz y el jurado em el Brasil imperial. México: Fondo de Cultura Economica, 1986.

FREYRE, Gilberto. Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 6ª. Ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1981, Tomo 2,

LOPES, José Reinaldo. O Direito na História. 3ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARCOS, Rui de Figueiredo. História do direito brasileiro. 1ª. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MARTNS FILHO, Evolução Histórica da estrutura Judiciária Brasileira – in Revista do TST, Brasília, Vol. 65, n.1, out/dez 1999.

NEQUETE, Lenine. O Poder judiciário no Brasil, vols. I e II, Rio Grande do Sul, Coleção AJURIS, 1975.

POVEDA, Ignácio Maria. Ordenações do reino de Portugal. São Paulo, Rev. Da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, n. 89, jan/dez 1994.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. História do Direito Processual Brasileiro: Das Origens Lusas à Escola Crítica do Processo. 1a ed.. São Paulo: Editora Manole, 2002.

PIMENTA BUENO, José Antonio. In Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 2ª. Edição correcta e augmentada. 1857.

RENDON, José Arouche de Toledo. Elementos de Processo Civil, Precedidos de instruções para os juizes municipaes. Editado sob as vistas do Dr. Manoel Dias de Toledo,. São Paulo: Typographia do Governo – em Palacio, 1850.

SOUZA, Antonio Francisco de Paula. A república federativa no Brazil. Sao Paulo: Typ. do Ipiranga, 1869.

TRÍPOLI, César. História do direito brasileiro. São Paulo: RT, 1936-1974 (2v).

VALLADÃO, Haroldo. História do direito - especialmente do direito brasileiro, Partes I e II, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S. A., 1980

VASCONCELLOS, José Marcellino Pereira de. Nova guia theorica e pratica dos juizes municipaes e de orphaos. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmer, 1878. 2v.

WEHLING, Arno e Maria José. Direito e Justiça no Brasil Colonial – O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808), Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



○ O FIM DO ANONIMATO DO DOADOR ATRAVÉS DO DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL NO ACÓRDÃO Nº 225/2018 DO TC

THE END OF DONOR ANONYMITY THROUGH RIGHT TO PERSONAL IDENTITY IN JUDGMENT NO. 225/2018

Giovanna Canellas¹

SUBMISSÃO: 15 DE OUTUBRO DE 2020
APROVAÇÃO: 10 DE JANEIRO DE 2021

Um grupo de trinta Deputados requereu, com base no art. 281, n° 1, alínea a), e n° 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa (CRP), a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 8°, 15° e 20° da Lei n° 32/2006 de 26 de julho, Lei da Procriação Medicamente Assistida (PMA). Em relação ao art. 15°, especificamente, que aparece no diploma legal sob a epígrafe de confidencialidade, foi requerido pelo grupo a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos n° 1 e 4, em conjugação com os arts. 10°, n° 1 e 2, e 19°, n° 1, da Lei. Os requerentes argumentaram a violação ao direito à identidade pessoal e aos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade e proporcionalidade. O Acórdão n° 225/2018 do TC, publicado em 7 de maio de 2018, declarou a inconstitucionalidade do art. 15°, n° 1 e 4, pondo fim ao sigilo absoluto em relação ao doador do material genético e à gestante de substituição. Para tanto, apreciou os interesses fundamentais em conflito, e debateu, entre outros, o direito à identidade pessoal, consagrado no art. 26° da CRP, frente ao art. 15° da Lei. A proposta é analisar a incompatibilidade desse artigo da Constituição com o anonimato dos doadores nas técnicas de PMA e como o direito à identidade pessoal derrubou a confidencialidade que a Lei n° 32/2006 de 26 de julho garantia ao doador de material genético.

Palavras-chave: Lei da Procriação Medicamente Assistida; Anonimato do doador; Direito à identidade pessoal

A group of thirty deputies petitioned, based on art. 281, n° 1, a), and n° 2, f), of the Constitution of the Portuguese Republic (CRP), for declaration of unconstitutionality of arts. 8th, 15th and 20th of Law no. 32/2006 of July 26th, Medically Assisted Procreation Law (MPA). In accordance with art. 15, specifically, which appears in the legal diploma under the heading of confidentiality, it was required by the group a declaration of unconstitutionality with general mandatory force of paragraphs 1 and 4, in conjunction with arts. 10, no. 1 and 2, and 19, no. 1, of the Law. The petitioners argued about the violation of a person's right to identity and also about human dignity, equality and proportionality principles. Judgment no. 225/2018, published on May 7, 2018,

¹ Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Mestranda em Direito Civil pela Universidade de Lisboa. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

declared the unconstitutionality of art. 15, no. 1 and 4, putting an end to absolute secrecy concerning the external donor and surrogate mother. To this end, the fundamental interests in conflict were valued, and so discussed, among others, the right to personal identity, enshrined in the art. 26 of CRP, facing art. 15 of the Law. The proposal is to analyze the incompatibility of this article of the Constitution with the anonymity of donors in MPA procedures and how the right to personal identity overturned the confidentiality that Law no. 32/2006 of July 26th guaranteed to the external donor.

Keywords: Medically Assisted Procreation Law; Donor anonymity; Right to personal identity

O art. 15º da Lei da PMA traz um dever de sigilo a “*todos que, por alguma forma, tomarem conhecimento do recurso a técnicas de PMA, incluindo nas situações de gestação de substituição, ou da identidade de qualquer dos participantes nos respectivos processos*”², ou seja, uma imposição de confidencialidade sobre todos os envolvidos no procedimento e sobre a realização da própria técnica em si. Além disso, qualquer informação relevante acerca da identidade do doador está, segundo o artigo, condicionada a autorização judicial, que só é concedida se for entendido que há forte motivo³.

O mesmo artigo traz pontuais possibilidades de obtenção de algumas informações de natureza genética, que foram consideradas pela lei para se evitar a consanguinidade no casamento e para auxiliar no diagnóstico e tratamento de doenças hereditárias. Contudo, mesmo nessas excepcionalidades, permanece excluída a identificação do doador⁴.

Os requerentes alegaram que o direito da pessoa a conhecer a sua identidade e história não estava sendo atendido pelo texto do referido artigo, que esse trazia uma violação ao art. 26º, CRP.

Importante deixarmos claro que o pedido do processo foi no sentido de priorizar o direito à identidade pessoal e o conhecimento da origem genética do concebido através da procriação medicamente assistida, e não para se estabelecer uma relação de paternidade entre esse e o doador. O fim da confidencialidade do doador não significa o reconhecimento

2 Art. 15º, nº 1, Lei nº 32/2006 de 26 de julho

3 Art. 15º, nº 4, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

4 Art. 15º, nº 2 e 3, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

de filiação. Vejamos.

O art. 19º da Lei da PMA prevê que a inseminação com sêmen de um terceiro doador, a chamada heteróloga⁵, é uma exceção, quer dizer, ela só é permitida quando não é possível a realização da técnica com o material genético do marido ou daquele que vive em união de fato com a mulher, o chamado beneficiário⁶. Uma vez permitida essa hipótese, a lei diz expressamente em seu art. 10º que a criança que vier a nascer não *“os dadores não podem ser havidos como progenitores da criança que vai nascer”*⁷, e no art. 21º que *“o dador de sêmen não pode ser havido como pai da criança que vier a nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres em relação a ela”*⁸, portanto, o ordenamento jurídico português consagra a figura do doador sem caracterizá-lo como progenitor da prole que vier a nascer.

Havendo a utilização de gametas de terceiro, o beneficiário irá, perante a lei, assumir o papel de progenitor, o que implica em responsabilizar-se pelo projeto parental. O doador fica afastado de qualquer presunção de paternidade e, conseqüentemente, dos deveres e direitos decorrentes da filiação. Assim, a paternidade biológica é dissociada⁹, ou seja, há um favorecimento da paternidade social em detrimento da biológica, como bem estabelece o art. 20º, nº 1, da Lei¹⁰.

Logo, é seguro dizermos que ao clamarem pelo fim do sigilo, os requerentes não defendiam o estabelecimento de uma relação de filiação, pois a lei deixa cristalino que a doação de esperma ou de óvulos não está ligada a um projeto de paternidade ou maternidade.

Como vimos acima, o art. 26º da CRP foi suscitado pelos requerentes na declaração de inconstitucionalidade. Isso porque o número 1 do artigo celebra a noção de identidade

5 PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Direito da Família - Tópicos para uma Reflexão Crítica. 2ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011. p. 241

6 Art. 19º, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

7 Art. 10º, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

8 Art. 21º, Lei nº 32/2006 de 26 de julho.

9 MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta. A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada e Legislação Complementar. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 74

10 Art. 20º, Lei nº 32/2006 de 26 de julho: Determinação da paternidade I- Se da inseminação a que se refere o artigo anterior vier a resultar o nascimento de um filho, é este havido como filho do marido ou daquele vivendo em união de facto com a mulher inseminada, desde que tenha havido consentimento na inseminação, nos termos do artigo 14.º, sem prejuízo da presunção estabelecida no artigo 1826.º do Código Civil.

pessoal: “a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”¹¹.

O direito à identidade pessoal pode ser conceituado, segundo Jorge Miranda e Rui Medeiros, como aquilo que define cada pessoa enquanto ser individualizado, aquilo que, em razão da vivência pessoal, diferencia um ser humano do outro. Mais, corresponde ao direito de cada um de nós de viver em conformidade com o que acreditamos; é, portanto, um direito de projetar nas escolhas que fazemos ao longo na vida aquilo que se passa em nossa consciência¹². Ainda, segundo Paula Martinho da Silva e Marta Costa, seria cada pessoa, como ser humano único e dotado de dignidade própria, de ter a sua individualidade, o que inclui ter a sua identidade genética¹³.

Sendo, portanto, a expressão de cada um, podemos dizer o direito à identidade pessoal, assim como os demais direitos elencados nesse artigo da CRP, é a manifestação mais definida da dignidade humana, essa consagrada no artigo 1º do diploma. Dessa forma, estes direitos do art. 26º da CRP devem sempre ser interpretados em conformidade com o direito geral da personalidade, uma vez que são hipóteses concretas da sua ocorrência¹⁴.

O direito à identidade pessoal abarca duas dimensões diferentes. A primeira, seria individual, ou absoluta, que compete em uma expressão da existência do ser humano, sendo única em cada pessoa, dotada de irrepetibilidade. A segunda, seria uma relacional, ou relativa, definida em razão de uma memória familiar conferida pelos ascendentes. Conforme Gomes Canutilho e Vital Moreira, seria o direito a historicidade pessoal¹⁵.

De acordo com esses doutrinadores, a historicidade pessoal se refere ao direito de conhecimento da identidade dos progenitores. No âmbito da inseminação artificial, seria,

11 Art. 26º, CRP.

12 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 284.

13 MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta. Op. cit., p. 94.

14 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Op. cit., p. 282.

15 OTERO, Paulo. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética. Coimbra: Almedina, 1999. p. 64

portanto, traduzido como o direito à identidade genética¹⁶.

A revisão constitucional de 1997 acrescentou no art. 26º uma direta referência ao direito de identidade genética, o que reforçou o alcance do direito à identidade pessoal. Ele, todavia, tem a sua eficácia a depender do definido pelo legislador em lei ordinária, enquanto que o direito à identidade pessoal não depende de nenhuma via para sua efetividade¹⁷.

Assim, a CRP promove o direito ao conhecimento da ascendência genética como uma vertente do direito à identidade pessoal.

Diante da existência de um direito à identidade pessoal, a confidencialidade da identidade do doador na PMA é uma problemática. Como solucionar o conflito de duas grandes tendências que se opõem? Vejamos como o tema é abordado.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada por Portugal em 1990, que destaca o direito da criança de conhecer os progenitores, sempre que possível, e a obrigação dos Estados de preservar a identidade dos menores¹⁸. Em relação ao anonimato do doador, a resolução de 1989 do Parlamento Europeu sobre fertilização artificial *in vivo* e *in vitro* declarou que a pessoa gerada através das técnicas de PMA tem direito a conhecer a sua origem genética, e que esse direito deve ser respeitado pelos Estados¹⁹.

O Tribunal Europeu de Direitos do Homem, que confirmou que o interesse do cidadão de receber toda a informação essencial para se conhecer deve ser protegido²⁰, além de já ter manifestado que o direito à identidade faz parte integrante da vida privada e engloba o direito a conhecer os ascendentes²¹.

16 GOMES CANUTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 4ª ed. revista. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 2007. p. 462.

17 OTERO, Paulo. Op. cit., p. 85.

18 Arts. 7º, nº 1, e 8º, nº 1, A Convenção Sobre os Direitos da Criança

19 Resolução de 16 de Março de 1989 sobre a Fecundação Artificial In Vivo e In Vitro do Parlamento Europeu, Jornal Oficial nº C 096 de 17/04/1989. p. 171 e ss.

20 Acórdão Gaskin v. United Kingdom, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 7 de julho de 1989. Disponível: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["kpdata%20Ascending"\],"languageisocode":\["ENG"\],"respondent":\["GBR"\],"kpthesaurus":\["451"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["00 1-57491"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Acesso em 20/12/2018.

21 20Acórdão Jäggi v. Switzerland, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 13 de julho de 2006. Disponível: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["docnamesort%20Ascending"\],"respondent":\["CHE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>

A lei sueca n.º 1.140 de 20 de dezembro de 1984, primeira lei a respeito da PMA que se tem notícia, consagra que o nascido através dessa técnica, ao atingir a maioridade, tem direito a saber os dados relativos ao seu doador²². A maioria dos demais países nórdicos, como Noruega, Suíça, Islândia, Holanda e Finlândia, também contemplam o direito de conhecimento da origem genética²³, assim como o Reino Unido²⁴ e a Alemanha²⁵, enquanto que Espanha²⁶ e a França se posicionam na tendência oposta²⁷.

Portugal, por sua vez, em decorrência da 1ª Conferência Ministerial Europeia sobre Direito do Homem, realizada em Viena em 1985, instalou a Comissão para o Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias, que teve como objetivo preparar um projeto legislativo sobre reprodução medicamente assistida. A Comissão entendeu que o direito ao conhecimento da proveniência biológica, em decorrência do art. 26º da CRP não era absoluto, sendo passível

de restrições. Como resultado, foi publicado o Decreto-Lei n.º 319/86 de 25 de setembro, primeiro diploma português sobre o tema²⁸. Cabe pontuar que, já na época, o Professor Luis Archer defendia o anonimato do doador como uma afronta ao direito constitucional à identidade pessoal²⁹.

Em 1998, Conselho Nacional de Ética para as Ciên-

CHAMBER"]",itemid":["001-76412"]]>. Acesso em: 20/12/2018

22 VALE E REIS, Rafael. "O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas". In: OLIVEIRA ASCENSAO, José de (Org.). Estudos de Direito da Bioética Volume III. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 220

23 OLIVEIRA ASCENSAO, José de. "A Lei n.º 32/06 sobre procriação medicamente assistida". In: OLIVEIRA ASCENSAO, José de (Org.). Estudos de Direito da Bioética Volume III. Coimbra: Editora Almedina, 2009. p. 31

24 Human Fertilisation and Embryology Act, 2008. Disponível: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>>. Acesso em: 03/01/2019

25 § 1º, alínea 2, Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen (Samenspenderregistergesetz – SaRegG (Tradução: Lei do Registro de Doadores de Sêmen e do Acesso a Informações sobre o Doador de Sêmen Utilizado).

Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/saregg/BjNR251310017.html>>. Acesso em: 03/01/2019

26 Art. 5º, n.º 5, Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>>. Acesso em: 03/01/2018

27 Art. L1244-7, Code de La Santa Publique. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jseccionid=0F6BOE-2F23A10D2F8E84E437D2DBFA20.tplgfr2_2s_1?idSectionTA=LEGISC-TA000006171520&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20190123>. Acesso em: 04/01/2019

28 RAPOSO, Mario. "Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos". In: AUBY, Jean-Marie (Org.). Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991. p.94 e ss.

29 Ibid. p. 105

cias da Vida, o CNECV, emitiu o Parecer n° 23/CNECV/98 que reconheceu o direito de acesso à identidade do doador. Essa posição do CNECV foi reiterada no Parecer n° 44/CNECV/2004: “no caso de PMA com recurso a dador de gametas, devera ser salvaguardada a possibilidade de identificação do dador, a pedido do seu filho biológico e a partir da maioridade legal deste no reconhecimento ao direito do próprio à identidade pessoal e biológica”³⁰.

Todavia, como vimos, a Lei n° 32/2006 celebrou o princípio do anonimato do doador, possibilitando apenas o conhecimento de informações de natureza genética, mas não a sua identidade. O legislador português justificou essa escolha em uma defesa da paz familiar: a identificação do doador poderia provocar na prole o interesse de estabelecer contato com o progenitor biológico e a entrada desse no seio da família poderia perturbar a ordem³¹, além de que, com o fim do sigilo, o número de doadores iria decrescer³².

O Tribunal Constitucional também já se pronunciou. O Acórdão n° 101/2009 de 1° de abril alegou que a regra do anonimato é apenas *prima facie*, e não definitiva, de modo que a opção do legislador por um regime mitigado não é dotada de inconstitucionalidade, e, portanto, não havia qualquer motivo para censura constitucional do artigo 15^o³³.

É à luz da garantia constitucional do art. 26° da CRP que o tema precisa ser analisado.

Na medida em que um dos componentes essenciais do direito à identidade pessoal é o conhecimento da identidade genética própria³⁴, é um direito da pessoa concebida através da reprodução assistida a de investigar os seus vínculos biológicos. Tão somente dela, pois é quem tem razões para invocar o fim da confidencialidade. Ora, o doador não é amparado por esse direito, ele é um mero fornecedor do material genético que em nada participa do projeto parental³⁵, como já estudamos.

Ocorre que na perspectiva do gerado por tais técnicas,

30 Parecer n° 44/CNECV/2004, Conselho Nacional da Ética para Ciências da Vida

31 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. “Direito e Bioética”. In: AUBY, Jean-Marie (Org.). *Direito da Saúde e Bioética*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991. p. 16.

32 MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta. *Op. cit.*, p. 92.

33 Acórdão n° 101/2009. *Diário da República*. 2ª série. N 64.º 1 de abril de 2009

34 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Op. cit.*, p. 284

35 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. *A Lei n° 32/06...Op. cit.*, p. 33

mesmo sem haver objetivo de constituir a filiação, ele tem o direito de conhecer de onde provém, pois não é a busca apenas por um laço biológico, mas também pela ligação com o seu passado, pelo conhecimento dos seus ascendentes³⁶, e a CRP fundamenta esse direito de conhecer a sua origem biológica, quer esse conhecimento esteja ou não relacionado ao estabelecimento jurídico de filiação³⁷.

O tocante nessa matéria não é a determinação da paternidade jurídica, mas sim o conhecimento de todos os aspectos que formam a identidade pessoal. O fato de não haver vínculo filial com o doador não invalida que o indivíduo tenha acesso à sua ascendência genética, pois a CRP pontua o direito ao conhecimento de todos os aspectos que formam a nossa identidade, quer esses aspectos tenham valor jurídico ou não³⁸.

A preferência pelo princípio do anonimato do doador vai na contramão da importância que é dada nos dias de hoje à verdade biológica. José de Oliveira Ascensão coloca que a pessoa que nasce a partir de um material genético tido como anônimo, é uma pessoa que tem uma parte de sua história amputada³⁹, ressaltando que ter conhecimento dos antecedentes hereditários é uma necessidade psicológica do indivíduo⁴⁰. Mais, Tiago Duarte define o anonimato do doador como inconstitucional, uma forma legal impeditiva de estabelecer o vínculo genético que impossibilita o pleno direito à identidade pessoal. Para ele, no conhecimento da identidade pessoal está abrangido o direito de saber quem são os progenitores genéticos, quem foi o transmissor dessa identidade, ter total conhecimento da sua árvore genealógica⁴¹.

Rafael Vale e Reis faz coro ao dizer que o direito da pessoa gerada através da PMA heteróloga de ter acesso a identificação do seu doador deve ser reconhecido⁴². Ele defende uma solução legal que parta da admissibilidade, a *prima facie*, do conhecimento da identidade do doador do esperma, dos ovócitos ou do embrião⁴³. Por fim, Paulo Otero destaca que

36 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. Direito e...Op. cit., p. 28

37 Ibid. p. 28.

38 DUARTE, Tiago. In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003. p. 41.

39 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. A Lei n° 32/06...Op. cit., 33.

40 OLIVEIRA ASCENSÃO, José de Direito e...Op. cit., p. 16.

41 DUARTE, Tiago. Op. cit., p. 38 e ss.

42 VALE E REIS, Rafael. Op. cit., p. 102.

43 Ibid. p. 223.

um sistema legislativo que normatiza a impossibilidade do ser humano de conhecer a maneira como foi gerado e, conseqüentemente, o seu patrimônio genético, deve ser considerado inconstitucional⁴⁴, e ressalta, ainda, que não existe qualquer outro direito ou interesse que possa barrar esse direito de informação acerca da origem; ele defende que a historicidade pessoal dá direito a saber a identidade dos seus progenitores e, desse modo, a regra do sigilo do doador de gametas é inconstitucional⁴⁵.

Com exceção dessa doutrina majoritária, temos a tese de Paula Martinho da Silva, que defende um sistema mitigado, como é na atual lei, com informações a respeito das características genéticas mas sem identificação do doador, pois o fim do sigilo acarretaria conseqüências práticas para as técnicas de PMA⁴⁶. Juntamente, o Professor Carlos Pamplona Corte-Real, que acredita que a confidencialidade respeita a intenção de manter o estímulo a doação de material genético, sendo, assim, de utilidade para os próprios beneficiários⁴⁷.

Contudo, com o devido respeito a ambos os juristas, o argumento central deles, de que o reconhecimento do direito à identidade genética e o acesso à identidade do doador provocaria uma inexistência de doadores de gametas não merece prosperar. Isso porque experiências anteriores já demonstraram o contrário: após o declínio nos primeiros anos, o número de doadores aumentou. Além disso, esses doadores são considerados de uma qualidade ética maior, justamente por compreenderem que a doação será acompanhada de uma identificação⁴⁸.

Diante de tantas apreciações em relação ao tema, não foi qualquer surpresa, portanto, o pedido feito pelo grupo de Deputados, pois o direito ao conhecimento das origens genéticas merece ser tutelado, o ordenamento jurídico deve estar mais sensível aos aspectos que constroem a personalidade humana, e essa só é totalmente realizada com a satisfação do questionamento ‘quem sou eu?’⁴⁹. Desse modo, uma

44 OTERO, Paulo. Op. cit., p. 72.

45 Ibid. p. 73.

46 MARTINHO DA SILVA, Paula. A Procriação Artificial – Aspectos Jurídicos. Lisboa: Moraes Editores, 1986.p. 41.

47 PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Op. cit., p. 241.

48 Parecer nº 23/CNECV/98, Conselho Nacional da Ética para Ciências da Vida. p. 4.

49 VALE E REIS, Rafael. Op. cit., p. 195.

vez que os direitos elencados no art. 26º da CRP são aqueles que estão à disposição da defesa da esfera íntima do ser humano⁵⁰, é natural que o artigo tenha sido invocado na defesa do fim do anonimato pelos requerentes.

O Acórdão n° 225/2018, que apreciou essa problemática, decidiu justamente pela inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos n.ºs 1 e 4, do art. 15º, da Lei 32/2006, por entender que a redação era uma violação do direito à identidade pessoal e, conseqüentemente, do desenvolvimento da personalidade⁵¹. Podemos dizer que o Tribunal Constitucional agiu acertadamente.

Primeiramente, reconheceu que o legislador não invocou o direito à identidade pessoal quando redigiu a Lei da PMA, e que assim deveria ter sido feito, por se tratar de uma garantia constitucional. Uma vez sendo uma garantia constitucional, fica impedida que qualquer lei ordinária, como a n° 32/2006, afaste o seu critério de incidência.⁵² Mais que isso, o Acórdão interpretou o art. 26º da CRP como um direito que toda pessoa tem ao conhecimento e à preservação da sua identidade pessoal.

Nessa medida, no que se refere às pessoas geradas através das técnicas de reprodução assistida, significa dizer que elas têm direito a chamada 'verdade biológica', que é o direito de conhecer a ascendência biológica direta⁵³. Temos, portanto, o reconhecimento judicial de que o direito ao conhecimento das origens genéticas é uma das faces do direito à identidade pessoal e está diretamente ligado a livre construção da personalidade⁵⁴, de modo que não há outros interesses no cenário da PMA tão fortes que tornem a restrição desse direito, e, conseqüentemente, a ocultação da progeneritura, justificável⁵⁵.

Sendo assim, a posição que o Acórdão assumiu reconhece que o anonimato dos doadores fere o preceito constitucional da identidade pessoal que traz o art. 26º da CRP, e celebra a importância do direito ao conhecimento das ori-

50 GOMES CANUTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. Op. cit., p. 461.
51 Acórdão n° 225/2018. Diário da República. 1ª série. N° 87.7 de maio de 2018. p. 1.946.
52 OTERO, Paulo. Op. cit., p. 91.
53 Ibid. p. 92.
54 VALÉ E REIS, Rafael. Op. cit., p. 197.
55 OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 8.

gens genéticas, que, como sabiamente disse Antunes Varela, é nada mais que um ‘direito à verdade’, pois é direito de todos ter o conhecimento de quem são os seus reais progenitores, de saber em que medida a natureza e as técnicas laboratoriais interferiram no fenômeno de seu nascimento, que, apesar de não possuir uma alusão direta na legislação portuguesa, é um dos norteadores da nova ordem jurídica⁵⁶.

A partir do exposto acima, podemos concluir que a matéria analisada pelo Acórdão n.º 225/2018, no que se refere ao anonimato dos doadores nas técnicas de reprodução medicamente assistida, não foi nenhuma inovação. A tendência, na comunidade internacional e na doutrina portuguesa, já era de não confidencialidade quanto à identidade dos doadores de material genético.

O que o Tribunal fez foi afirmar, categoricamente, que o direito à identidade pessoal previsto no art. 26.º da CRP deve abranger os procedimentos de reprodução assistida, de modo que a extensão desse direito alcance a pessoa concebida através dessa técnica, o que garante um direito ao conhecimento das origens genéticas.

Diante do aqui estudado, pode-se perceber como ter esse conhecimento acerca da sua origem biológica é necessário para o ser humano, pois saber de onde viemos faz parte da construção da nossa personalidade, da individualidade de cada um. Ter acesso a verdade biológica que cerca a nossa concepção é saber toda a nossa história.

Logo, a redação dos n.º 1 e 4 do art. 15.º, Lei 32/2006, ao estabelecer como regra geral o sigilo nas técnicas de PMA, se mostrava contrária a um preceito constitucional do ordenamento jurídico português. A declaração de inconstitucionalidade com força geral afirmou, de forma certa, que os indivíduos gerados a partir da reprodução assistida, assim como todos os demais, tem direito a conhecer a identidade do seu doador, mas de modo que esse conhecimento não implica em qualquer relação de filiação entre as partes, pois, como vimos, o papel do doador em nada se confunde com o projeto parental.

Portanto, podemos dizer que a ação do Tribunal Cons-

⁵⁶ ANTUNES VARELA, João de Matos. A inseminação Artificial e a Filiação perante o Direito Português. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 127, Número 3.834, p. 100.

titucional nesse Acórdão foi uma celebração do direito à identidade pessoal, garantia constitucional essencial para a personalidade do ser humano.

1. Referências Bibliográficas

Acórdão n° 101/2009. Diário da República. 2ª série. N 64.º 1 de abril de 2009

Acórdão n° 225/2018. Diário da República. 1ª série. N° 87. 7 de maio de 2018

Acórdão Gaskin v. United Kingdom, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 7 de julho de 1989. Disponível: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["kpdate%20Ascending"\],"languageisocode":\["ENG"\],"respondent":\["GBR"\],"kpthesaurus":\["451"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER ER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57491"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> Acesso em 20/12/2018

Acórdão Jäggi v. Switzerland, Tribunal Europeu de Direitos do Homem, 13 de julho de 2006. Disponível: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"sort":\["-docnamesort%20Ascending"\],"respondent":\["CHE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-76412"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)> Acesso em: 20/12/2018

ANTUNES VARELA, João de Matos. A inseminação Artificial e a Filiação perante o Direito Português. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 127, Número 3.834

Code de La Santa Publique. Disponível: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=0F6BOE2F23A10D2F8E84E437D2DBFA20.tpl_gfr22s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006171520&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20190123> Acesso em: 04/01/2019

DUARTE, Tiago. In Vitro Veritas? A Procriação Medicamente Assistida na Constituição e na Lei. Coimbra: Almedina, 2003

Gesetz zur Errichtung eines Samenspenderregisters und zur Regelung der Auskunftserteilung über den Spender nach heterologer Verwendung von Samen Samenspenderregistergesetz – SaRegG. Disponível: <<http://www.gesetze-im-internet.de/saregg/BJNR251310017.html>> Acesso em: 03/01/2019

GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. 4ª ed. revista. Vol. I. Coimbra: Editora Coimbra, 2007

Human Fertilisation and Embryology Act, 2008. Disponível: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>> Acesso em: 03/01/2019

Lei n° 32/2006 de 26 de julho

Ley 14/2006, de 26 de mayo. Disponível: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>> Acesso em: 03/01/2018

MARTINHO DA SILVA, Paula. A Procriação Artificial – Aspectos Jurídicos. Lisboa: Moraes Editores, 1986

MARTINHO DA SILVA, Paula; COSTA, Marta. A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada e Legislação Complementar. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

OLIVEIRA, Guilherme de. Temas de Direito da Medicina. Coimbra: Coimbra

Editora, 1999

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. “Direito e Bioética”. In: AUBY, Jean-Marie (Org.). Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991

OLIVEIRA ASCENSÃO, José de. “A Lei n.º 32/06 sobre procriação medicamente assistida”. In: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de (Org.). Estudos de Direito da Bioética Volume III. Coimbra: Editora Almedina, 2009

OTERO, Paulo. Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano: Um Perfil Constitucional da Bioética. Coimbra: Almedina, 1999

PAMPLONA CORTE-REAL, Carlos. Direito da Família - Tópicos para uma Reflexão Crítica. 2.ª ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2011

Parecer n.º 23/CNECV/98, Conselho Nacional da Ética para Ciências da Vida

Parecer n.º 44/CNECV/2004, Conselho Nacional da Ética para Ciências da Vida

RAPOSO, Mario. “Procriação Assistida – Aspectos Éticos e Jurídicos”. In: AUBY, Jean-Marie (Org.). Direito da Saúde e Bioética. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1991

Resolução de 16 de Março de 1989 sobre a Fecundação Artificial In Vivo e In Vitro do Parlamento Europeu, Jornal Oficial n.º C 096 de 17/04/1989

VALE E REIS, Rafael. “O Direito ao Conhecimento das Origens Genéticas”. In: OLIVEIRA ASCENSÃO, José de (Org.). Estudos de Direito da Bioética Volume III. Coimbra: Editora Almedina, 2009



O CONTEÚDO JURÍDICO-NORMATIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO NO CONTEXTO DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL E SOCIAL

THE LEGAL-NORMATIVE CONTENT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FOOD IN THE CONTEXT OF ENVIRONMENTAL AND SOCIAL SUSTAINABILITY

Eduardo Alvares de Oliveira¹

SUBMISSÃO: 17 DE OUTUBRO DE 2020

APROVAÇÃO: 10 DE JANEIRO DE 2021

O debate político sobre a proteção e promoção do acesso a alimentos – ou sua negação, ou insuficiência – acaba por gerar, também, reflexos em diferentes níveis e ramos da ciência jurídica. Isso ocorre porque no momento em que se desperta, na ordem política, a preocupação em tutelar o alimento e o ato humano de se alimentar – reconhecendo a sua relevância para a manutenção da vida humana – o Estado socorre-se da ciência jurídica para garantir a tutela desse bem. E, a partir do momento em que o Estado passa a tutelar, através de norma jurídica, o alimento e a alimentação, é possível falar em direito à alimentação (ou direito da alimentação). É exatamente os contornos desse conteúdo jurídico-normativo que se procura delimitar no presente artigo. Não que se esteja à procura de definições categóricas de conceito e conteúdo da tutela da alimentação no domínio do ordenamento jurídico, mas apenas delinear os elementos mínimos do conceito e do conteúdo jurídico dessa tutela e, posteriormente, sua relação com outros referenciais teóricos e normativos. E por isso mesmo é que não se deve desprezar o diálogo que se estabelece entre direito à alimentação e sustentabilidade ambiental e social, já que se envolvem numa relação de complementariedade e interdependência. O trabalho utiliza-se de metodologia dedutiva e de método analítico para exame e crítica dos institutos e fenômenos, além de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial. Palavras-chave: Direito à alimentação; Direito fundamental; Sustentabilidade ambiental; Sustentabilidade social.

he political debate about the protection and promotion of access to food - or its denial, or insufficiency - ends up generating, also, reflexes at different levels and branches of legal science. This is because at the moment when the concern to protect food and the human act of ea-

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade de Rio Verde (UniRV). Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJGO).

ting is awakened in the political order - recognizing its relevance for the maintenance of human life - the State relies on legal science to guarantee the protection of that benefit. And, from the moment the State starts to protect, through legal norms, food and eating, it is possible to talk about the right to eating (or the right to eating). It is exactly the contours of this legal-normative content that is sought to delimit in this article. Not that one is looking for categorical definitions of the concept and content of food protection in the domain of the legal system, but only to outline the minimum elements of the concept and the legal content of this protection and, subsequently, its relationship with other theoretical and normative references. And that is why the dialogue established between the right to food and environmental and social sustainability should not be neglected, since they are involved in a relationship of complementarity and interdependence. The work uses deductive methodology and analytical for examining and criticizing the institutes, addition to bibliographic, legal and jurisprudential research. Key-words: Right to food; Fundamental right; Environmental sustainability; Social sustainability.

1. Introdução

1. A proteção e promoção do acesso a alimentos – ou sua negação, ou insuficiência – enquanto debate político acaba por gerar, também, reflexos em diferentes níveis e ramos da esfera da ciência jurídica. No momento em que se desperta na ordem política a preocupação em tutelar o alimento e o ato humano de se alimentar – reconhecendo a sua relevância para a manutenção da vida humana – o Estado socorre-se da ciência jurídica para garantir a tutela desse bem. O domínio da política transfere para o Direito a obrigação de tutelar o bem jurídico da vida, numa verdadeira simbiose entre diferentes ramos da atividade humana.

2. Por outro lado, é preciso perceber que a cláusula geral de sustentabilidade é composta, dentre outros, dos seguintes elementos: (i) desenvolvimento econômico; (ii) proteção e preservação do meio ambiente; e, (iii) justiça social. Essa cláusula geral de sustentabilidade, cujo cerne consiste em atender as necessidades de desenvolvimento econômico do presente sem comprometer o meio ambiente e o desenvolvimento do futuro, com atenção à justiça social entre as gerações, possui elementos que se inter-relacionam numa conexão de ambivalência (econômico e ambiental), mas que devem ser equacionados para convergir a um único fim (justiça social). Percebe-se, portanto, que há no direito fundamental à alimentação uma íntima relação com a cláu-

sula geral de sustentabilidade e, especialmente, nas dimensões ambiental e social.²

3. É exatamente os contornos desse conteúdo teórico-político que se procura delimitar nesta investigação, com a finalidade de delinear o alcance da tutela jurídica do alimento, para a partir disso identificar os elementos mínimos do conteúdo jurídico-normativo brasileiro do direito à alimentação, sem se descuidar de sua relação com a cláusula geral de sustentabilidade, especialmente na dimensão ambiental e social.

O presente ensaio propõe-se a (i) identificar os elementos e traçar os contornos da definição do conteúdo teórico-político e jurídico-doutrinário da proteção da alimentação, para em seguida (ii) identificar os elementos e definir o conteúdo jurídico-normativo do direito à alimentação no ordenamento jurídico brasileiro, buscando (iii) revelar a relação de interdependência da tutela do direito à alimentação e a tutela da sustentabilidade nas dimensões ambiental e social.

2. A tutela da alimentação no domínio da política e do Direito: a busca de um conteúdo teórico-político e jurídico-doutrinário

4. Em 1966 a *Food and Agriculture Organization of the United Nations* - FAO e a Comissão do *Codex Alimentarius* definiram alimento como

toda a substância, processada, semi-processada ou natural, que se destina ao consumo humano, incluindo bebidas, pastilha elástica e quaisquer outras substâncias que se utilizem no fabrico, preparação ou tratamento dos alimentos, mas não inclui os cosméticos, o tabaco ou as substâncias utilizadas apenas como medicamentos.³

5. No domínio da política, a preocupação de proteger a alimentação é introduzida na Europa a partir da I Grande Guerra, estreitamente relacionada à ideia de segurança nacional e da capacidade da nação de produzir o próprio ali-

² Conf. NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos Avançados*. 26 (74), 2002, p. 55-56.

³ ESTORNINHO, Maria João. *Direito da Alimentação* (...) op. cit., p. 23. Complementa a professora de Lisboa que “Por alimento entende-se, assim, aquilo que os seres humanos ou os animais comem ou bebem para subsistir, estando-lhes associadas qualidades nutritivas” (ESTORNINHO, Maria João. *Direito da Alimentação*. loc. cit.).

mento, evitando vulnerabilidades a cercos, embargos e boicotes motivados por disputas políticas ou militares.⁴

A despeito dessa origem, e com o passar do tempo, é possível perceber uma evolução na ideia da tutela da alimentação, que antes confundida com o conceito restrito de segurança alimentar – como será visto adiante –, passa a preocupar-se, também, com a perspectiva da oferta de alimentos em caráter permanente e universal, na medida em que a *Food and Agriculture Organization of the United Nations* – FAO, em 1983, dá um novo direcionamento na formulação do conceito de segurança alimentar, ao se basear em três objetivos: (i) *oferta adequada* de alimentos; (ii) *estabilidade da oferta* e dos mercados de alimentos; (iii) *segurança no acesso* aos alimentos ofertados.⁵

Nessa perspectiva, o Banco Mundial, em 1986, também altera a ideia de segurança alimentar para compreender incluído no seu conteúdo o direito de acesso constante e suficiente à alimentação para uma vida saudável.⁶

Mas, é a partir de 1990, com a introdução da ideia de sustentabilidade no domínio de discussão da produção de alimentos, que se nota o ápice da formação do conteúdo teórico-político da tutela da alimentação.

Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – denominada *Agenda 21* –, realizada em 1992, incluiu-se no Plano de Ação da Organização das Nações Unidas como principal objetivo do desenvolvimento rural agrícola sustentável “melhorar a produtividade agrícola de uma forma sustentável, assim como aumentar a diversificação, a eficiência, a segurança alimentar e os rendimentos rurais”.⁷ Seria preciso garantir produção suficiente e

4 MANIGLIA, Elisabete. As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 125.

5 FAO. Trade Reforms and Food Security. Rome, 2003. Cf. MANIGLIA, Elisabete. As interfaces do direito agrário (...) op. cit., p. 126, e BESTER, Gisela Maria. Desenvolvimento nacional sustentável e sustentabilidades econômica, ambiental, social e cultural pela via da agricultura familiar no Brasil: direitos humanos fundamentais à alimentação e à educação adequadas fomentados e providos pelo programa de aquisição de alimentos (PAA) – trilhando caminhos para a soberania alimentar. In: BESTER, Gisela Maria, HILÁRIO, Gloriete Marques Alves; SOUSA, Ranielle Caroline (Coord.). Terra, Desenvolvimento e Trabalho: Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação, à Educação e ao Trabalho Digno. 2 ed. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2015, p. 271.

6 Poverty and hunger: Issues and Options for Food Security in Developing Countries. World Bank: Washington, 1986.

7 CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Agenda 21: programa de ação para o desenvolvimento sustentável.

adequada de alimentos, segurança alimentar, mas também a manutenção das condições agrícolas e rurais para o manuseio e extração dos alimentos do campo, a fim de que o acesso seja constante.

Em seguida, o Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação (1996) define que “existe segurança alimentar quando as pessoas têm, a todo o momento, acesso físico e econômico a alimentos seguros, nutritivos e suficientes para satisfazer as suas necessidades dietéticas e preferências alimentares, a fim de levar uma vida saudável e activa e sã”.⁸

O conteúdo que se confundia com o conceito de segurança alimentar estrita evoluiu para configurar tanto a noção de oferta de alimentos - com a produção, armazenamento e distribuição adequada de alimentos - quanto a noção de acesso universal e permanente a alimentos suficientes e apropriados para a manutenção da vida humana, o que inclui práticas que garantam o acesso às gerações presentes e futuras.

A perspectiva de tutela da alimentação, que surge com a proteção momentânea de povos em tempos de crise política e militar, passa a ser entendida como um fenômeno mais amplo e constante, visando controlar a manutenção das condições de produção, oferta e distribuição de alimentos em caráter universal e constante, conectando-se, diretamente, com o conteúdo teórico da sustentabilidade.

6. A cláusula geral de sustentabilidade é composta, dentre outros, dos seguintes elementos: (i) desenvolvimento econômico; (ii) proteção e preservação do meio ambiente; e, (iii) justiça social. A ideia de sustentabilidade congrega diversas dimensões, devendo-se destacar neste breve ensaio, as dimensões ambiental e social.⁹

A dimensão ambiental “supõe que o modelo de produ-

Rio de Janeiro, 1992, p. 124.

⁸ FAO. Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação. Roma, 1996.

⁹ Conf. NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade do ambiental ao social, do social ao econômico. *Estudos Avançados*. 26 (74), 2002, p. 55-56. Ainda sobre a cláusula geral de sustentabilidade e seu conteúdo normativo mínimo, lembra o professor Gomes Canotilho o significado do imperativo categórico do princípio da sustentabilidade no sentido de que “os humanos devem organizar os seus comportamentos e ações de forma a não viverem: (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iv) à custa de outras gerações” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade (...) op. cit., p. 9).

ção e consumo seja compatível com a base material em que se assenta a economia, como subsistema do meio natural”, tratando-se de “produzir e consumir de forma a garantir que os ecossistemas possam manter sua autorreparação ou capacidade de resiliência”.¹⁰ Trata-se da capacidade de produzir e consumir responsabilmente, sem desprezar e comprometer a produção e consumo da geração futura, podendo se confundir com a manutenção de um meio ambiente equilibrado e preservado. Essa dimensão da sustentabilidade relaciona-se, intimamente, com o direito humano ao meio ambiente saudável e equilibrado, que se contrapõe, em tese, com o desenvolvimento econômico desenfreado e irresponsável.

Por outro lado, na dimensão social “uma sociedade sustentável supõe que todos os cidadãos tenham o mínimo necessário para uma vida digna e que ninguém absorva bens, recursos naturais e energéticos que sejam prejudiciais a outros”, significando “erradicar a pobreza e definir o padrão de desigualdade aceitável, delimitando limites mínimos e máximos de acesso a bens materiais”.¹¹ A dimensão social da sustentabilidade caracteriza-se pela necessidade de respeitar o mínimo de justiça social na distribuição dos bens e serviços produzidos através dos recursos naturais que são propriedade da coletividade. Não se admite que apenas parcela da população se beneficie do desenvolvimento econômico alcançado à custa da exploração do meio ambiente que é patrimônio de todos. A sustentabilidade social exige maior igualdade no gozo dos benefícios trazidos pelo desenvolvimento. Deve-se dividir os custos e os bônus.

A expressão sustentabilidade possui como conteúdo teórico essencial a ideia de desenvolvimento econômico, equilíbrio ambiental e inclusão social, e que esses três pilares devem convergir para a construção de um lugar habitável para os presentes e com garantias de habitabilidade para as gerações futuras.

7. Partindo de um tratamento teórico-político para o enquadramento jurídico-doutrinário do conteúdo da tutela da alimentação, a professora Maria João Estorninho define *direito da alimentação* como o “conjunto de normas jurídicas

10 NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade do (...) op. cit., p. 55-56.

11 NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade (...) Ibid., p. 55-56.

que regulam os alimentos, não se reconduzindo a um único ramo da Ciência Jurídica ou, sequer, ao campo tradicional do Direito Público”,¹² e que tem por finalidade “garantir a saúde e a segurança dos consumidores, protegendo também os seus interesses económicos”, assegurando que os alimentos que cheguem à mesa do cidadão sejam inócuos para o consumo, não gerando risco para a saúde humana e para o meio ambiente.¹³

Ocorre que, também no meio acadêmico, o conteúdo do direito à alimentação, que de certa forma se confunde e se esgotava com a ideia de segurança alimentar, passa a exigir não apenas que os alimentos sejam inócuos para o consumo humano e para o meio ambiente, mas também que sejam ofertados constantemente e em quantidade suficiente para alimentar a população e que, portanto, estejam acessíveis a todo o cidadão. Nesse sentido, a mesma professora da Universidade de Lisboa dá sinais de que o *direito à alimentação* deve dialogar, também, com a perspectiva da segurança alimentar no domínio da *food security*, referindo-se às questões que se prendem com a garantia do *direito à alimentação*, de modo que as pessoas não vivam em estado de fome,¹⁴ dando pistas do que seria a segurança alimentar em sua completude e de um conceito do direito à alimentação.¹⁵

Nessa perspectiva, vislumbra-se a complementação do conteúdo doutrinário do *direito à alimentação* – distinto do conteúdo do *direito da alimentação* –, exatamente no ponto em que se reconhece que direito à alimentação não se esgota com a garantia de alimentos inócuos e nutritivos, mas engloba também a ideia de que é preciso garantir oferta suficiente e acesso adequado e permanente a alimentos. Portan-

12 ESTORNINHO, Maria João. Direito da Alimentação (...) op. cit., p. 21.

13 ESTORNINHO, Maria João. Direito da Alimentação (...) Ibid., p. 38. Ainda segundo a professora de Lisboa, “As normas do Direito da Alimentação impõem-se a todos os que intervêm na cadeia de produção de alimentos e a todos os que participam nas atividades de venda, distribuição e manipulação desses alimentos (princípio do campo à mesa), beneficiando os consumidores dos produtos alimentares, ou seja, aqueles que ingerem esses produtos e não apenas os que adquirem os produtos alimentares” (ESTORNINHO, Maria João. Direito da Alimentação, loc. cit.).

14 ESTORNINHO, Maria João. Direito da Alimentação. (...) Ibid., p. 40 e 51.

15 Segundo a Autora, a rigor, a segurança alimentar pode corresponder a duas realidades bem diferentes: a) food safety quando se referir a questões de higiene, salubridade e inocuidade dos alimentos; b) food security para tratamento das questões relacionadas a garantia do direito à alimentação, de modo que não haja estado de fome entre as pessoas e que “os instrumentos passam sobretudo por políticas alimentares, políticas de educação, programas de cooperação e de ajuda alimentar, combate à pobreza e à fome” (ESTORNINHO, Maria João. Direito da Alimentação. (...) Ibid., p. 39-40).

to, o conteúdo jurídico-doutrinário do direito à alimentação deve perseguir as perspectivas do *food safety* (inocuidade dos alimentos) e do *food security* (oferta e acesso aos alimentos).¹⁶

8. Portanto, verifica-se que o conteúdo teórico-político do direito à alimentação correspondente à ideia de que todo o cidadão deve possuir formas de acesso constante aos recursos e meios para produzir ou adquirir alimentos seguros e saudáveis que possibilitem alimentação suficiente a si e sua família,¹⁷ foi reproduzido no âmbito jurídico-doutrinário e, posteriormente, servido de inspiração para a construção do conteúdo jurídico-legal do direito à alimentação, como será visto a seguir.

3. Conteúdo jurídico-normativo do direito à alimentação

9. Definir o conteúdo jurídico-normativo do direito à alimentação no Brasil não é tarefa simples. Isso ocorre porque esse direito possui matriz jurídico-constitucional, com natureza jurídica de direito fundamental, portanto, com característica de norma abstrata, geral e estruturalmente complexa.

Não raro, os direitos fundamentais possuem estrutura complexa e multifacetada, já que são múltiplas as faculdades incluídas no direito constitucionalmente consagrado. Essas faculdades “têm objeto e conteúdo distintos, que são oponíveis a destinatários diferentes, determinam deveres de variado tipo e que podem ter até titulares diversos”.¹⁸ Num

16 Cf. ESTORNINHO, Maria João. Direito da Alimentação, loc. cit.

17 Conferir VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Direito humano à alimentação: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002, p. 38.

18 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição (...) op. cit., p. 162. Sobre a estrutura normativa dos direitos fundamentais, dentre outros, conferir ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 112, p. 253–270, abr.-jun. 2001; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria (...) op. cit.; LUNO, Antonio Enrique Pérez. Los derechos fundamentales. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008; OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Coimbra: Almedina, v.1 (2ª reimpressão da edição de 2007), 2016; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; ALEXANDRINO, José Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. 2. ed. rev. atual. Cascais: Princípiá, 2011; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 5. ed. rev. e atual. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012; MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais (...) op. cit.; e, SILVA, Jorge Pereira. Direitos fundamentais: teoria geral. Lisboa: Universidade Católica, 2018. No Brasil, dentre outros, con-

mesmo direito fundamental é possível encontrar poderes de exigir um comportamento negativo do poder público, combinado com poderes de exigir prestações positivas, ou com poderes de produzir efeitos jurídicos em esfera alheia.¹⁹

10. Induvidosamente, o conteúdo normativo mínimo do direito fundamental à alimentação tem a sua gênese na CRFB/88, que em seu art. 6º dispõe que são direitos sociais, dentre outros, a alimentação.²⁰ Trata-se de uma norma jurídica de conteúdo aberto, com grande carga axiológica e elevada abstração.²¹

A inclusão do bem jurídico no rol de direitos fundamentais tutelados pela Constituição não confere ao titular, automaticamente e em todas as hipóteses, posição jurídica subjetiva extraível diretamente da Constituição. Isso ocorre porque as normas constitucionais, inclusive as de direitos fundamentais, quanto à sua efetividade (eficácia) podem ser classificadas em: a) normas preceptivas exequíveis por si mesmas; b) normas preceptivas não exequíveis por si mesmas; c) normas programáticas.²²

ferir DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2007 e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

19 ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição (...) op. cit., p. 162.

20 O texto do dispositivo constitucional é o seguinte: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988).

21 Como lembra o professor Vieira de Andrade “a complexidade é uma característica geral e típica das posições jurídicas subjetivas fundamentais, que são normalmente formuladas em termos sintéticos por meio de designações genéricas” e que “conforme as diferentes situações da vida, vão sendo concretizadas pelo legislador e pelo juiz, que retiram consequências normativas dos preceitos e explicam, deste modo, por referência reversa, a estrutura interior dos direitos” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição (...) op. cit., p. 163).

22 Nomenclatura utilizada pelos professores Carlos Blanco de Moraes e Jorge Miranda. Para o primeiro há três tipos de normas constitucionais: (i) as normas preceptivas exequíveis por si próprias; (ii) as normas preceptivas não exequíveis por si próprias; e, (iii) as normas programáticas. Para o professor de Lisboa “As normas preceptivas exequíveis por si próprias podem ser definidas como as regras e princípios constitucionais aptos para se aplicarem plena, direta e imediatamente, nas suas dimensões positiva e negativa” (grifo no original), ao passo em que “As normas preceptivas não exequíveis por si próprias constituem regras e princípios da Constituição diretamente aplicáveis, mas cuja efetividade ou exequibilidade na sua dimensão positiva se encontra condicionada, total ou parcialmente, à existência de requisitos jurídicos, expressos em leis ordinárias, que as complementem ou concretizem” (grifo no original), sendo que “as normas programáticas abrangem regras abertas e princípios da Lei Fundamental que apontam, no plano positivo, para fins transformadores de ordem econômica e social. desideratos ou metas que não são diretamente aplicáveis na sua dimensão positiva ou de ‘facere’, ficando a respetiva exequibilidade e efe-

11. Ainda em nível constitucional, é preciso lembrar que a gênese do conteúdo normativo mínimo do direito fundamental à alimentação está no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito fundamental à vida e no direito fundamental à saúde, e no próprio direito fundamental à alimentação enquanto direito social, configurando-se o seu conteúdo jurídico-constitucional.

O princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fornecedora da base para os direitos em geral, sustentando o ser humano como titular de direitos fundamentais, consagra-se como conteúdo axiológico que irradia seus efeitos no sistema de direitos fundamentais.²³ Em última análise é a dignidade da pessoa humana que “confere unidade de sentido explicativo ao chamado sistema constitucional de direitos fundamentais e orienta as margens de abertura e actualização do respectivo catálogo”.²⁴

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio constitucional estruturante, desenvolve consequências jurídicas de várias ordens, designadamente enquanto tarefa ou obrigação jurídica do Estado e enquanto limite e parâmetro de sua atividade. E, na qualidade de fundamento do Estado de Direito democrático afasta qualquer projeção do Estado como fim em si, colocando a pessoa humana como fim das ações do Estado.²⁵

Todos os direitos, liberdades e garantias individuais e direitos sociais, económicos e culturais têm como fonte ética a dignidade da pessoa humana,²⁶ já que neste princípio

tivação dependente da existência de condições não apenas jurídicas (de ordem legislativa e administrativa), mas também financeiras e materiais” (grifo no original) (MORAIS, Carlos Blanco. Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Tomo II. Coimbra: Almeida, 2018, p. 536). No mesmo sentido é a classificação do professor Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Constituição. Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 289-291). No Brasil, destaca-se a posição do professor José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 100, 123 e 135).

²³ SILVA, Jorge Pereira da. Direitos fundamentais (...) op. cit., p. 43-54.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Reimpressão da 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 51-64. Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, conferir ainda SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; OTERO, Paulo. Instituições Políticas (...) op. cit., p. 545 e ss; MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais (...) op. cit., p. 76-79 e 219 e ss; e NOVAIS, Jorge Reis. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Almedina, v.1, 2018.

²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais (...) op. cit., p. 51-52.

²⁶ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional (...) op. cit., p. 219 e MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais. Id., p. 223.

repousa o ser, e não o ter, como centro de gravidade de todo o sistema de direitos do homem.²⁷

E por isso mesmo, é que o princípio da dignidade da pessoa humana, dentre outros fatores, “exige condições adequadas de vida material”,²⁸ capazes de conferir ao cidadão condições mínimas de vida e desenvolvimento humano.

No mesmo sentido é a tutela do direito fundamental à saúde, que impõe ao Estado o dever de reduzir o risco de doença e de intervir para curar as moléstias, através de políticas públicas de acesso ao serviço de saúde. O Estado deve promover medidas preventivas de atenção à saúde e buscar recuperá-la em casos de enfermidades, a fim de garantir o direito à vida saudável.

E a alimentação adequada é pressuposto básico da vida humana saudável e digna; sem alimentação o ser humano está fadado à desintegração física e, em última instância, à morte. Não há que se falar em vida humana sem o provimento de água e alimento; o alimento dá a base material para a existência do corpo, que íntegro e completo procura outras instâncias de completude da vida humana; apenas o ser humano alimentado adequadamente consegue perseguir outros campos de satisfação da alma.

Por isso que mesmo em ordenamentos jurídicos sem previsão expressa do direito fundamental à alimentação, é possível extrair o seu conteúdo mínimo desses princípios constitucionais. É o que ocorre na ordem jurídico-constitucional portuguesa, em que o direito à alimentação não possui amparo expresso na Constituição, sendo corolário de princípios fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana, direito à vida e direito à liberdade.²⁹

12. No sistema constitucional brasileiro não há necessidade de buscar apoio em outros direitos e princípios esculpidos na CRFB/88. Isso porque o art. 6º, *caput*, da Constituição, prevê o direito à alimentação como direito fundamental

27 Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na (...) op. cit., p. 96-99.

28 MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais (...) op. cit., p. 227.

29 ESTORNINHO, Maria João. Direito da Alimentação (...) op. cit., p. 52. No mesmo sentido é a opinião de Rúben Ramião, para quem: “Tal direito pode não estar previsto na Constituição portuguesa, mas resulta necessariamente dos seus princípios fundadores (dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à liberdade), bem como da matriz humanista da Constituição, presente na sua inspiração na Declaração Universal dos Direitos do homem [...]” (RAMIÃO, Rúben. Projecções jusfundamentais (...) op. cit., p. 416).

social.³⁰ No entanto, a cláusula aberta de fundamentalidade do direito à alimentação é insuficiente para definir o seu completo conteúdo normativo, tornando-se imprescindível buscar o conteúdo conformador do direito fundamental no ordenamento jurídico infraconstitucional.

E, partindo do conteúdo jurídico-constitucional, deve-se percorrer o conteúdo normativo da lei n.º 11.346/2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN, com vistas a assegurar o direito à alimentação adequada.³¹ Esse diploma legal concretiza a norma constitucional de direito fundamental, ao passo que conforma o conteúdo aberto extraído do texto constitucional, tornando-se instrumento essencial para configurar os elementos do conteúdo jurídico-normativo mínimo do direito à alimentação.

E já no art. 2º do referido diploma legal é disposto que “A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal”, e que o poder público deve “adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população”.³²

Em seguida, a lei n.º 11.346/06 dispõe que segurança alimentar e nutricional consiste na “realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais”, tendo como base “práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis” (art. 3º).³³

Além disso, segundo a lei, a segurança alimentar e nutricional abrange “a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização” e a “conservação da biodiversidade

30 Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

31 Cf. BRASIL. Lei n.º 11.346/06, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2006.

32 Ibid.

33 Ibid.

e a utilização sustentável dos recursos” (art. 4º, I e II).³⁴

No ordenamento infraconstitucional brasileiro, conformador do direito fundamental, o direito à alimentação aparece atrelado à segurança alimentar e nutricional enquanto garantia de oferta e acesso regular e permanente a alimentos de qualidade e em quantidade suficiente, de forma que a definição e a finalidade da segurança alimentar constituem elemento do conteúdo normativo do direito à alimentação.

Isso porque impõe ao Estado a obrigação de promover políticas públicas que garantam segurança alimentar e nutricional à população, ao passo em que segurança alimentar significa acesso regular e permanente a alimentos de qualidade e em quantidade suficiente. Mas não apenas, pois ainda há preocupação em preservar práticas alimentares que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis.

E como dito, a preocupação com a sustentabilidade no domínio da segurança alimentar envolve, pelo menos as suas dimensões ambiental e social. A primeira circunscreve-se na necessidade de produzir e consumir garantindo a manutenção e autorreparação do ecossistema, de forma a permitir que todos os cidadãos, inclusive os que ainda não habitam o planeta (futuras gerações), possam usufruir de alimentos suficientes e adequados. A segunda dimensão – social – supõe que os cidadãos tenham o mínimo necessário para viver e que ninguém, ou nenhuma geração, absorva todos os bens e recursos prejudicando os demais.

E isso se dá porque os seres humanos não devem viver (i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; e (iv) à custa de outras gerações.³⁵

4. Conclusão

13. Assim, nota-se que no Brasil há uma perfeita transposição do conteúdo teórico-político da tutela da alimentação para o nível jurídico-normativo, de forma que o legislador constitucional e infraconstitucional adere ao conteúdo

³⁴

Ibid.

³⁵

cit., p. 9.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade (...) op.

teórico e o consubstancia no domínio normativo, constituindo um claro diálogo entre os campos político e jurídico.

Nessa perspectiva, o conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental à alimentação – que está sensivelmente ligado ao conceito de segurança alimentar e nutricional e ao conteúdo político da tutela da alimentação – visa garantir a oferta e o acesso regular e permanente a alimentos adequados e em quantidade suficiente, que respeite a diversidade cultural e seja ambiental, econômica, social e culturalmente sustentáveis, capazes de garantir aos seres humanos o gozo de uma vida saudável e correlata com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Além disso, esse conteúdo jurídico-normativo, consubstanciado em direito fundamental, para além de conferir um direito do cidadão de acessar regularmente alimentos suficientes e adequados, impõe ao Estado obrigações variadas, desde a posição de agir para levar alimentos ao cidadão, passando pela posição de abster-se para permitir que o cidadão acesse os alimentos, chegando ao dever de proteger o acesso a alimentos por meios das relações privadas.

Portanto, nota-se uma miríade de posições jurídicas que podem ser extraídas do conteúdo normativo-constitucional do direito à alimentação, relações jurídicas que devem ser, na medida do possível, exauridas pela atividade conformadora do legislador infraconstitucional, conferindo densidade normativa às diversas posições do cidadão e do Estado, todas no sentido de garantir a manutenção de oferta e acesso regular e permanente a alimentos adequados e em quantidades suficientes.

E, nessa perspectiva, é necessário lembrar que o regular e permanente acesso a alimentos depende da ampliação das condições de produção e distribuição dos alimentos, que devem ser produzidos com respeito à biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos naturais,³⁶ e por isso a importância da sustentabilidade, que constitui elemento indispensável do conteúdo jurídico-normativo do direito à alimentação.

36 Conferir Flávio Valente, para quem o direito à alimentação “depende, dentre outros: (i) da disponibilidade de alimentos saudáveis e seguros, produzidos de forma sustentável; (ii) da possibilidade de acesso aos mesmos, seja pela produção para consumo, seja por um trabalho que gere a renda necessária; (iii) da existência de mecanismos de transporte e armazenamento adequado” (VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. humanos. Saúde e Sociedade. [S.l.], v. 12, n. 1, jan.-jun. 2003, p. 55).

5. Referências

ALEXANDRINO, José Melo. Direitos fundamentais: introdução geral. 2. ed. rev. atual. Cascais: Príncipia, 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 5. ed. (reimpressão da 1ª edição: setembro, 1983). Coimbra: Almedina, 2017.

ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. Revista de Estudios Políticos, Madrid, n. 112, p. 253–270, abr.-jun. 2001.

BESTER, Gisela Maria. Desenvolvimento nacional sustentável e sustentabilidades econômica, ambiental, social e cultural pela via da agricultura familiar no Brasil: direitos humanos fundamentais à alimentação e à educação adequadas fomentados e providos pelo programa de aquisição de alimentos (PAA) – trilhando caminhos para a soberania alimentar. In: BESTER, Gisela Maria, HILÁRIO, Gloriete Marques Alves; SOOUSA, Ranielle Caroline (Coord.). Terra, Desenvolvimento e Trabalho: Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação, à Educação e ao Trabalho Digno. 2 ed. Curitiba: Instituto Memória Editora, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

_____. Estudos sobre direitos fundamentais. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional. Revista de Estudos Politécnicos (Polytechnical Studies Review). Barcelos, v. 8, n. 13, p. 7-18. 2010.

_____. Rever a Constituição Dirigente ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: _____. “Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2017.

CARVALHO, Osvaldo. O direito fundamental à alimentação e sua proteção jurídico-internacional. In ESTORNINHO, Maria João (Coord.). Estudos de Direito da Alimentação. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Agenda 21: programa de ação para o desenvolvimento sustentável. Rio de Janeiro, 1992.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: RT, 2007.

ESTORNINHO, Maria João. Direito da Alimentação. Lisboa: AAFDL, 2013.

FAO. Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar Mundial e Plano de Ação da Cúpula Mundial da Alimentação. Roma, 1996. Disponível em: <http://www.fao.org/3/w3613p/w3613p00.htm#:~:text=Seguran%C3%A7a%20Alimentar%20Mundial%20e%20Plano%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o&text=Reafirmamos%20que%20um%20ambiente%20pol%C3%ADtico,e%20C3%A0%20erradica%C3%A7%C3%A3o%20da%20pobreza>. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. Trade Reforms and Food Security. Rome, 2003. Disponível em: <http://www.fao.org/3/y4671e/y4671e00.htm#Contents>. Acesso em: 6 out. 2020.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Los derechos fundamentales. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

MANIGLIA, Elisabete. As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: Constituição. Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. 5. ed. rev. e atual. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. Direitos fundamentais. Coimbra: Almedina, 2017.

MORAIS, Carlos Blanco. Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição. Tomo II. Coimbra: Almeida, 2018.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Trajetória da sustentabilidade do ambiental ao social, do social ao econômico. Estudos Avançados. 26 (74), p. 51-64. 2002.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Reimpressão da 1ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Almedina, v.1, 2018.

OTERO, Paulo. Instituições Políticas e Constitucionais. Coimbra: Almedina, v.1 (2ª reimpressão da edição de 2007), 2016.

Poverty and hunger: Issues and Options for Food Security in Developing Countries. World Bank: Washington, 1986.

RAMIÃO, Rúben. Projecções jusfundamentais do direito à alimentação. O Direito. Lisboa, ano 148, II, p. 395-448. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Jorge Pereira. Direitos fundamentais: teoria geral. Lisboa: Universidade Católica, 2018.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. Direito humano à alimentação: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. Fome, desnutrição e cidadania: inclusão social e direitos humanos. humanos. Saúde e Sociedade. [S.l], v. 12, n. 1, p. 51-60, jan.-jun. 2003.

Legislação:

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 out. 2020.

_____. Lei n.º 11.346/06, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2011.346&text=LEI%20N%C2%BA%2011.346%2C%20DE%2015%20DE%20SETEMBRO%20DE%202006.&text=Cria%20o%20Sistema%20Nacional%20de,adequada%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 6 out. 2020.



O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL E EM PORTUGAL

THE PUBLIC PROSECUTION AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS WITHIN THE FRAMEWORK OF CONSTITUTIONAL JUSTICE IN BRAZIL AND PORTUGAL

Mona Lisa Duarte Aziz¹

SUBMISSÃO: 06 DE JANEIRO DE 2020
APROVAÇÃO: 04 DE FEVEREIRO DE 2021

Embora tanto o Ministério Público brasileiro como o português sejam autônomos e multifacetados, o primeiro evoluiu e perdeu a representação do Estado, ao mesmo tempo em que suas funções foram ampliadas para abranger a tutela dos direitos constitucionais dos cidadãos; enquanto que o Ministério Público português permaneceu como advogado do Estado e atua primordialmente na área penal. Os distintos perfis refletem na atuação da instituição perante a justiça constitucional de cada país. O foco da atuação do Ministério Público brasileiro via de regra é a defesa do interesse público primário identificado pela proteção dos direitos subjetivos, difusos ou coletivos em causa. Diversamente, a atuação do Ministério Público português destina-se à defesa da legalidade objetiva e está vinculada a recursos obrigatórios, que prescindem da condição de parte ou de qualquer outro interesse processual. O objetivo do presente trabalho é averiguar qual dos tipos de atuação é mais condizente com o papel da jurisdição constitucional na atualidade. Palavras-Chave: Ministério Público; Brasil; Portugal; direito comparado; justiça constitucional.

Although both the Brazilian and the Portuguese Public Prosecution are autonomous and versatile, the former has evolved and lost the representation of the state, while its functions have been extended to include the protection of the constitutional rights of citizens; whereas the Portuguese Public Prosecution has remained a lawyer for the state and acts primarily in the criminal area. The different profiles are

¹ Procuradora da República em Pernambuco. Titular do 9º Ofício da Procuradoria da República em Pernambuco especializado nas áreas temáticas saúde pública e cidadania. Mestranda em Direito e Ciências Jurídico-Políticas – especialidade Direito Constitucional – pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

reflected in the institution's performance before the constitutional jurisdiction of each country. The Brazilian Public Prosecution's main focus is the protection of the social interest identified by the protection of the subjective, diffuse or collective rights in question. In contrast, the role of the Portuguese Public Prosecution is to defend objective law and is linked to mandatory appeals, which do not require the Public Prosecution to be part of the process or to have any other procedural interest. The objective of the present paper is to ascertain which of the types of action is more consistent with the role of constitutional jurisdiction today.

Summary: Introduction. 1. Constitutional statute of the Public Prosecution. 1.1. Brazilian Public Prosecution; 1.2. Portuguese Public Prosecution. 2. Action limits and compatibility accordance to the statutes of the Brazilian and the Portuguese Public Prosecution; 2.1. Functional independence x objective legal defense. 3. Constitutional jurisdiction and protection of fundamental rights. Conclusion. References. Keywords: Public Prosecution; Brazil; Portugal; comparative law; constitutional jurisdiction.

1. Introdução

A Constituição brasileira de 1988, doravante CF, alterou consideravelmente o perfil e a atuação do Ministério Público, doravante MP, no país. De uma instituição que até então tinha sua atuação principal atrelada ao processo penal e acumulava a função de advogado do Estado, o Ministério Público foi alçado à categoria de defensor da sociedade. A defesa dos atos do poder Executivo passou a ser incumbência exclusiva dos órgãos da advocacia pública e, ao lado das tradicionais atribuições na seara criminal, que foram ampliadas com a titularidade exclusiva da ação penal pública e a responsabilidade pelo controle externo da atividade policial, ao MP foram conferidas outras funções e iniciativas, tanto no âmbito administrativo como cível. Tais alterações foram feitas com o objetivo de que a instituição exercesse a tutela efetiva dos interesses sociais e individuais indisponíveis, inclusive em face de ilícitos praticados pelos poderes públicos.

Assim como o MP brasileiro, o MP português possui múltiplas atribuições que vão além do exercício da ação penal, porquanto detém legitimidade para atuar em várias outras áreas, desde a fiscalização da constitucionalidade à tutela

de interesses difusos e coletivos. Na prática, todavia, seja por questões culturais, seja em razão de óbices decorrentes da atuação como representante do Estado em juízo, os magistrados² do MP português atuam primordialmente no âmbito penal, sendo escassa a sua intervenção na tutela coletiva cível.

As diferenças entre os respectivos estatutos, como não poderia deixar de ser, repercutem nos mecanismos e formas de atuação do Ministério Público perante a justiça constitucional de cada um dos países, havendo bem mais diferenças do que semelhanças; apesar de tanto o Brasil como Portugal adotarem um sistema misto de controle³ da constitucionalidade, combinando o modelo de fiscalização judicial difusa (judicial review of legislation) com o concentrado, de origem austríaca.

Deve-se ressaltar, ademais, que a autonomia e independência conferidas pela Constituição brasileira de 1988, assim como os instrumentos postos à disposição da instituição pela legislação infraconstitucional, outorgaram ao MP um amplo poder de iniciativa que atribuiu à instituição um papel de destaque junto à justiça constitucional. Em sede de fiscalização concreta, por exemplo, os procuradores da República e promotores de Justiça⁴ brasileiros podem suscitar o controle de constitucionalidade incidental nos autos de ação civil pública, doravante ACP, cujos efeitos da sentença via de regra são ultra partes (cf. artigo 16 da Lei n. 7.347/85), uma vez que se trata de ação coletiva destinada à defesa de interesses sociais de caráter metaindividual (difusos e coletivos, essencialmente).

Em Portugal, os poderes de iniciativa do Ministério Público são mais reduzidos e pouco utilizados fora da seara criminal, sem que haja parâmetro para a ACP no sistema jurídico português, uma vez que as class actions do direito norte-americano não se desenvolveram na Europa como no

2 No Brasil, o termo “magistrado” é mais utilizado para se referir aos membros do poder Judiciário; enquanto em Portugal designa tanto os membros da carreira do Ministério Público como os juizes. Por isso, para efeito deste trabalho, manter-se-á o termo em referência aos integrantes do MP português.

3 Essa é a expressão utilizada predominantemente no Brasil, enquanto em Portugal a doutrina adota o termo consagrado na Constituição, qual seja, fiscalização da constitucionalidade. Neste trabalho serão utilizadas ambas as expressões indistintamente.

4 No Brasil, os membros do Ministério Público dos Estados que atuam no primeiro grau da carreira são denominados promotores de Justiça; enquanto procurador da República é o termo que designa os membros do Ministério Público Federal, que integra o Ministério Público da União.

Brasil.

Numa perspectiva de um direito a constituir, buscar-se-á aferir qual deve ser o papel do Ministério Público na construção de um sistema de constitucionalidade mais efetivo na tutela dos direitos dos cidadãos, ou seja, se é possível uma atuação mais proativa de seus membros como defensores de direitos fundamentais perante a justiça constitucional, sem que isso desvirtue a essência dessa jurisdição voltada à defesa da primazia da Constituição.

2. Estatuto constitucional do Ministério Público

2.1. Ministério Público brasileiro

A Constituição Brasileira de 1988 inovou consideravelmente a perspectiva do Ministério Público no país, alterando o próprio significado da instituição ao definir expressamente a sua natureza, finalidades e ampliar o seu rol de atribuições. Para além das tradicionais funções na área criminal, ao Parquet⁵ foram consagradas inúmeras outras atribuições usualmente consagradas a outros agentes estatais, designadamente o ombudsman⁶ ou os Defensores del Pueblo na América do Sul⁷, no sentido de zelar pelos direitos constitucionais do cidadão em face dos poderes públicos e dos prestadores de serviços de relevância pública (cf. artigo 129, II, da CF), o que resultou no surgimento de uma instituição singular praticamente sem parâmetros no direito comparado⁸.

A ampliação das funções do MP brasileiro coincidiu com o período de redemocratização no país a partir da década de 80 e veio atender aos anseios sociais por uma instituição independente, especialmente dedicada à tutela dos

5 A expressão Parquet tem origem no vocábulo francês idêntico e significa piso de madeira; foi transportada para o meio jurídico a fim de designar o Ministério Público porque seus membros postulavam aos juizes de pé sobre o assoalho, “daí a distinção magistrature debut (sic) (magistratura de pé) e magistrature assise (sentada)” (GARCÍA, 2017, cap. 1.2.).

6 Sobre a função de Ombudsman, conferir CORREA, 2016. Funções equivalentes são realizadas pelo Provedor de Justiça português (cf. artigo 23.º da CRP).

7 Os Defensores del Pueblo possuem funções análogas às desempenhadas pelos órgãos do Ministério Público brasileiro para tutelar os direitos do cidadão. Estudo comparativo entre o Ministério Público e os Defensores del Pueblo encontra-se em CALABRICH, 2014.

8 Para um estudo sobre o Ministério Público no direito comparado, consultar: ABADE, 2005, pp. 27-54; e DIAS; DE AZEVEDO, 2008.

direitos dos cidadãos, numa democracia emergente e com elevados índices de desigualdade social.

Foi nesse contexto que surgiu a ação civil pública (cf. artigo 1º da Lei n.º 7.347/85) destinada à defesa de direitos difusos e coletivos (meio ambiente, patrimônio histórico, turístico e paisagístico, direitos do consumidor, de pessoas com deficiência, minorias étnicas⁹ e raciais etc.). Mas foi após a sua consagração na Constituição (cf. artigo 129, III) e o salto institucional do MP que a ação passou a ser largamente utilizada por seus membros e se desenvolveu como um instrumento efetivo para concretização de direitos fundamentais, podendo ser ajuizada tanto em face de particulares poderosos economicamente como de qualquer órgão da administração pública ou político.

Nesse sentido, o reconhecimento do Ministério Público como defensor do Estado democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (cf. artigo 127 da CF) não mais se coadunava com a tutela patrimonial do Estado e a defesa judicial dos atos do poder Executivo, que passaram a ser incumbência dos órgãos da advocacia pública. Paralelamente, ao estatuto constitucional do MP foram agregadas garantias significativas com objetivo de assegurar à instituição uma atuação independente, vinculada tão somente à defesa de suas atribuições institucionais, alçando os seus agentes a autênticos advogados da sociedade. Assim, foi concebida uma instituição sem vínculos com o poder político, com autonomia funcional, financeira e administrativa (cf. artigo 127, §§ 2º e 3º, da CF), cujos membros foram dotados de prerrogativas – e também vedações – equiparáveis apenas aos magistrados do poder Judiciário.

Com efeito, são princípios institucionais do MP a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional (cf. artigo 127, § 1º da CF). A independência funcional é ao mesmo tempo uma garantia de seus membros, na medida em que lhes assegura plena liberdade no exercício de suas atribuições com vinculação apenas à Constituição e às leis. Não são admitidas ingerências externas tampouco internas no que diz respeito ao desempenho de suas funções, e subordinação hierárquica só existe no plano estritamente administrativo.

⁹ Destaca-se a tutela dos direitos das populações indígenas expressamente prevista no texto constitucional como função institucional do MP (cf. artigo 129, V, da CF).

Outra garantia é a inamovibilidade, que impede a remoção de ofício do membro de sua unidade de lotação, salvo em face de relevante interesse público, por decisão da maioria absoluta dos membros do órgão colegiado do Ministério Público competente, assegurada a ampla defesa (cf. artigo 128, § 5º, I, b, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

A postura assumida pelo MP sob a égide da Constituição vigente de comprometimento com a defesa dos direitos fundamentais do cidadão, destacando-se no combate à corrupção e na tutela coletiva de interesses sociais, consolidou a legitimidade da instituição perante a sociedade, que goza de relevantes índices de credibilidade junto à população brasileira.

2.2. Ministério Público português

A Constituição portuguesa de 1976, doravante CRP, inovou ao romper com a tendência de vinculação do Ministério Público ao poder Executivo e conferir à instituição um estatuto próprio, embora de forma tímida e ambígua, num capítulo dentro do título dedicado aos tribunais. A consagração constitucional de sua autonomia institucional sobreveio posteriormente com as revisões constitucionais, nomeadamente a de 1989¹¹. O traço de subalternidade relativamente ao poder Judiciário, que perdurou durante anos, também fora finalmente desfeito¹², embora os magistrados do MP não tenham sido contemplados com a mesma independência com que atuam os juízes, além de terem permanecido com a função atípica de representar os interesses do Estado.

Embora autônomo em relação aos outros poderes pú-

10 O MP já chegou a figurar em terceiro lugar no ranking de confiabilidade das instituições, perdendo apenas para as Forças Armadas e a Igreja Católica, segundo o relatório ICJBrasil da Fundação Carlos Chagas, relativo ao 4º trimestre de 2014. No mesmo relatório referente ao 1º trimestre de 2017, houve uma queda drástica do grau de confiabilidade da instituição, decorrente, porém, de uma queda geral na credibilidade das instituições brasileiras, o que seria explicado pelos recentes escândalos de corrupção e a ausência de respostas satisfatórias às demandas da sociedade. Ainda assim, o MP figurou na 7ª posição neste último relatório, à frente do STF, do poder Judiciário e do Congresso Nacional, dentre outros (Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 15 out. 2020, p. 13-15).

11 Cunha Rodrigues, ao discorrer sobre o assunto, destaca a dificuldade inicial dos deputados de reconhecerem o MP como órgão autônomo. (RODRIGUES, 1999, p. 71 ss.).

12 DIAS; FERNANDO; LIMA, 2008, p. 30-33.

blicos (cf. artigo 219.º, n.º 2, da CRP), o MP português manteve sua estrutura interna hierarquizada, de modo que os magistrados de grau inferior na carreira estão subordinados aos superiores, tanto no aspecto administrativo quanto funcional, em razão do princípio hierárquico previsto constitucionalmente (cf. artigo 219.º, n.º 4, da CRP)¹³.

A CRP inovou também ao assegurar aos magistrados do MP a garantia da inamovibilidade, razão pela qual não poderão “ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei” (cf. artigo 219.º, n.º 4, parte final). Todavia, compulsando o estatuto legal do MP português, percebe-se que essa garantia não possui a mesma dimensão daquela concebida para os membros do MP brasileiro, porquanto estão previstas hipóteses em que o procurador-geral da República, doravante PGR, pode tanto designar para atuar em conjunto como substituir magistrados no curso do processo sempre que “razões ponderosas de especialização, complexidade processual ou de repercussão social o justifiquem” (cf. artigo 68.º, n.º 1, g, do novo Estatuto do Ministério Público)¹⁴.

Quanto às atribuições, a CRP nominou as funções primordiais e reconheceu o caráter multifacetado do MP, atribuindo-lhe, além da representação do Estado, atividades de naturezas diversas, seja no âmbito criminal; na defesa da legalidade democrática, que abrange, dentre outras funções, a fiscalização da constitucionalidade; e finalmente na tutela de outros interesses que a lei determinar, como direitos difusos e coletivos (cf. artigo 219.º, n.º 1 c/c artigo 4.º, n.º 1, h, da Lei n.º 68/2019 (novo Estatuto do MP)).

Embora exerça funções em uma multiplicidade de áreas, é no âmbito penal onde a instituição desempenha a sua principal atribuição. Nesse aspecto, atua com mais notoriedade no âmbito das investigações criminais e na condição de órgão acusador, concentrando nessa área o seu maior volume processual, tanto em termos quantitativos como de

¹³ O princípio da hierarquia, segundo Emerson Garcia, foi atenuado a partir da primeira Lei Orgânica do MP português (Lei n.º 39/78), ao permitir que os magistrados recusem o cumprimento de ordens, diretivas e instruções ilegais ou que contrariem a sua consciência jurídica (norma prevista atualmente no artigo 100.º, n.º 3, da Lei n.º 68/2019, de 27 de agosto). (GARCIA, 2017, cap. 1.6.).

¹⁴ Observe-se que se trata de regra aberta, podendo ser utilizada para motivar indicações ou afastamentos de agentes por razões discricionárias e políticas, o que é reforçado pelo fato de não estar subordinada a nenhum procedimento específico, dependendo apenas de ato do PGR. (MAIA, 2012, p. 20, nota 108).

repercussão, e os investimentos em pessoal de apoio e estruturas especializadas¹⁵.

Por outro lado, a tutela de interesses difusos e coletivos, área na qual o Ministério Público costuma exercer com plenitude a defesa dos direitos do cidadão, tendo em vista a possibilidade de promover a proteção coletiva de direitos que de outro modo, ou seja, através de processos individuais movidos na forma tradicional, não seriam defendidos com a mesma eficácia, a legitimidade conferida por seu estatuto e leis especiais¹⁶ ainda não foi suficiente para o MP português assumir efetivamente o desempenho dessa relevante função. Vale ressaltar que na legislação portuguesa não existem mecanismos específicos para o Ministério Público exercer a tutela judicial coletiva de direitos, como a ação civil pública, e de investigação a exemplo do inquérito civil brasileiro^{17 18}.

3. Limites e compatibilidade de atuação de acordo com os estatutos dos Ministérios Públicos brasileiro e português

3.1. Independência funcional x defesa da legalidade objetiva

A independência funcional, pedra angular do Ministério Público brasileiro, constitui uma das características mais marcantes que o diferencia da instituição portuguesa con-

¹⁵ Sobre o assunto, DIAS; FERNANDO; LIMA., 2008, p. 66-67.

¹⁶ A saber, Lei de Defesa do Consumidor (cf. artigo 13.º, c, da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril) e Lei de Bases do Ambiente (cf. artigo 45.º, n.º 1, da Lei n.º 11/87, de 7 de abril, alterada pelo Decreto-Lei n.º 224-A/96, de 26 de novembro, e pela Lei n.º 13/2002, de 19 de fevereiro).

¹⁷ No curso desse procedimento investigativo, o membro do MP dispõe de um amplo leque de poderes para produção de provas e de requisição com força obrigatória perante os investigados, sejam órgãos públicos ou entidades e pessoas privadas, para fins de apuração e instrução da futura ação. (RODRIGUES, 1999, p. 171-175).

¹⁸ Nesse diapasão, Luís Eloy Azevedo aduz que a escassa atuação do MP português na tutela coletiva cível teria as seguintes explicações: (i) “pouca ou nenhuma experiência como actor do processo democrático”, uma vez que a potencialidade de conflitos de difícil resolução entre a defesa dos interesses do Estado e a tutela de direitos difusos e coletivos contribuiu para que a atuação da instituição nessa área não se concretizasse; (ii) a cultura da judicialização, que resultou numa instituição de pouca mobilidade e burocrática; (iii) a criação de uma instituição autónoma, mas sem a correspondente responsabilidade comunitária, o que obstaculizou o desenvolvimento de características essenciais a uma magistratura do MP, como o poder de iniciativa e “uma inquietude para o cumprimento integral de um projecto de cidadania plena” (AZEVEDO, 2004, pp. 145 ss.).

gêneres, regida pelos princípios da hierarquia e da responsabilidade, consoante mencionado no capítulo anterior. A independência funcional obsta qualquer tipo de ordem ou instrução de caráter vinculativo para direcionar a atuação dos membros do MP, seja quanto ao procedimento escolhido e a forma de conduzir a investigação, seja em relação ao mérito de suas decisões e posicionamentos no curso dos processos. Enquanto a hierarquia impõe uma verticalização funcional na carreira, que legitima o estabelecimento de diretrizes pelos escalões superiores e o correlato dever de obediência pelos inferiores¹⁹.

Por outro lado, é possível conciliar a independência funcional com uma atuação coordenada e estratégica, nomeadamente naquelas causas mais relevantes e de maior repercussão social que demandem uma atuação uniforme, através da emissão de orientações e instruções pelas instâncias de coordenação e revisão, desde que destituídas de força vinculante, cabendo a última palavra ao membro responsável pelo feito que decidirá se acatará ou não a orientação geral para os casos repetitivos ou se adotará outra estratégia que julgue mais apropriada para o seu caso específico²⁰.

Nessa senda, considerando a amplitude da independência funcional, poder-se-ia concluir que não apenas instruções internas como a Circular n.º 9/90, de 08-08-1990, da procuradoria-geral da República portuguesa, que regulamenta a “Intervenção do Ministério Público na fiscalização da constitucionalidade e da legalidade das normas”²¹, assim como a própria previsão legal de recursos obrigatórios para o Ministério Público (cf. artigo 280.º, n.ºs 3 e 5, da CRP) seriam inconstitucionais no ordenamento jurídico brasileiro. Conquanto se tenha em mente que a justificativa para essa espécie de atribuição recursal vinculada seja submeter a questão da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional, doravante TC, com o fim de zelar pela uniformidade da jurisprudência, a interposição obrigatória de um recurso, aca-so viole a convicção jurídica do membro do MP que pode

19 Sobre o princípio da hierarquia, Emerson Garcia conclui “pela sua absoluta incompatibilidade com a independência funcional”, porquanto não pode haver independência onde existe hierarquia. (GARCIA, 2017, cap. 1.27).

20 GAVRONSKY; MENDONÇA, 2017, p. 68.

21 A circular determina, p. ex., que os recursos obrigatórios devem ser interpostos direta e imediatamente no TC, salvo nos casos de recurso ordinário obrigatório, nos termos do artigo 70.º, n.º 5, da LOTC.

estar em consonância com a decisão recorrida²², não se coaduna com a autonomia e independência funcional asseguradas aos membros do MP brasileiro.

Na doutrina portuguesa, Vitalino Canas (1984) adotou posicionamento mais consentâneo com a natureza, prerrogativas e funções de uma instituição como o Ministério Público ao defender que, mesmo no caso dos recursos obrigatórios, cabe ao magistrado decidir qual a melhor estratégia a adotar para a defesa dos direitos e interesses sob sua tutela, seja tanto em relação ao momento de interposição, podendo aguardar o trâmite regular dos recursos ordinários se assim achar mais adequado, seja quanto a própria decisão de recorrer²³. Assim, entende-se não haver nenhuma fragilidade à defesa da legalidade objetiva num modelo em que a decisão quanto à remessa da questão da constitucionalidade ao TC ou Supremo Tribunal caiba ao membro do MP no caso concreto, como já ocorre no direito brasileiro.

Com efeito, a expressão defesa da legalidade democrática, prevista na CRP como uma das funções primordiais do Ministério Público, não se reduz a um aspecto meramente formal de tutela irrestrita da autoridade normativa, mas contém uma outra dimensão ainda mais abrangente de caráter substancial, a qual envolve a proteção dos direitos fundamentais, a promoção do bem-estar geral, a pacificação social e a defesa do Estado democrático de direito.

Desse modo, o recurso com o único e exclusivo objetivo de submeter a questão da constitucionalidade à apreciação da Corte Constitucional pode não ser a melhor medida a ser tomada no caso concreto, ante o risco de reformar a decisão favorável aos interesses tutelados pelo MP e cuja eficácia ao final se restringirá às partes do processo como é próprio

²² Como, por exemplo, nas hipóteses em que ocorre o chamado duplo papel ou «dupla personalidade processual» do MP, isto é, situações em que o juiz ou tribunal profere uma decisão positiva de inconstitucionalidade que fora requerida pelo MP e, paradoxalmente, o próprio magistrado está obrigado a recorrer da decisão favorável à sua tese, caso a norma desaplicada seja uma das espécies normativas previstas no artigo 280.º, n.º 3, da CRP. (BLANCO DE MORAIS, 2011, p. 698)

²³ Nesse diapasão, o autor português considerou ilegal a anterior Circular n.º 17/83 da Procuradoria-Geral da República portuguesa, segundo a qual, ao contrário do que determina a normatização atual referida acima, os magistrados somente deveriam interpor o recurso obrigatório após o exaurimento das instâncias ordinárias (CANAS, 1984, p. 78-80). Em sentido contrário, Carlos Blanco de Moraes discorre que a autonomia processual do MP para interpor recurso obrigatório é bastante reduzida, razão pela qual deve recorrer independentemente de sua vontade processual manifestada no julgamento da questão da constitucionalidade da norma (BLANCO DE MORAIS, 2011, p. 792).

da fiscalização concreta. A questão se torna ainda mais sensível se a decisão tiver acolhido a arguição de inconstitucionalidade ou mesmo a tenha reconhecido de ofício para tutelar direitos difusos e coletivos em sede de ACP²⁴, caso em que seus efeitos podem repercutir favoravelmente sobre todo um grupo de pessoas, categoria ou coletividade, não sendo compatível com o interesse público primário a interposição de um recurso que a ameace²⁵.

Ademais, caso o membro do MP entenda que seja de fato interessante para a coletividade em geral submeter a questão da constitucionalidade da lei ao julgamento do Tribunal Constitucional ou Supremo Tribunal poderá fazê-lo com maior eficácia através de uma ação de controle abstrato e assim assegurar efeitos erga omnes à decisão. Embora nessa espécie de ação a legitimidade ativa seja restrita ao(à) PGR, é comum que a representação dos membros que atuam nas instâncias inferiores e tenham tido contato direto com a causa seja acolhida para fundamentar o ingresso da ação pelo chefe administrativo do MP.

Por outro lado, o procurador da República ou promotor de Justiça pode entender que apenas no caso concreto a norma impugnada deva ser afastada, considerando o interesse específico da comunidade envolvida, nada impedindo que continue a produzir efeitos em relação a outras partes. Dito de outra forma, significa que, em determinadas hipóteses, somente é possível aferir o interesse público e social de recorrer atendo-se às peculiaridades da causa, razão pela qual a previsão de recursos obrigatórios não se apresenta como a melhor solução para o fim de defender a legalidade democrática, que vai além da defesa objetiva da legalidade²⁶.

24 É predominante o entendimento favorável à promoção do controle incidental da constitucionalidade por meio de ação civil pública, desde que a declaração de inconstitucionalidade da norma aplicável ao caso não constitua o pedido principal, mas tão somente causa de pedir da ação. Acerca do tema, confira-se: BRANDÃO; ZANTUT, 2018, p. 1505 ss.

25 Tome-se como o exemplo o julgamento de recurso extraordinário no qual o STF admitiu o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum da lei distrital nº 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal, através de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios em face do Distrito Federal e sociedades comerciais, com vistas a reprimir a ocupação irregular em localidade específica do plano piloto da cidade de Brasília. Enquanto a declaração de inconstitucionalidade fora formulada como causa de pedir da ação, o pedido principal teve por objeto a condenação do governo do DF na obrigação de se abster de conceder alvarás e aprovar projetos de construção em áreas de uso comum do povo naquela localidade determinada; e dos ocupantes na obrigação de demolir as construções irregulares e indenizar os danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 2007).

26 Em sentido contrário, Inês Seabra Henriques de Carvalho assevera que "(...) O

4. Jurisdição constitucional e tutela dos direitos fundamentais

De acordo com Georges Abboud (2011), a jurisdição constitucional possui como função primordial coibir os excessos do poder público, servindo como última instância de controle dos atos do poder Executivo. Ao lado dessa função, realiza o controle de constitucionalidade para corrigir os equívocos do Legislativo, tendo “por escopo garantir a preservação das minorias e assegurar a concretização e o respeito ao catálogo de direitos previstos no texto constitucional”²⁷. Com efeito, já se encontra superado o modelo de Tribunal Constitucional proposto por Kelsen de competência restrita à fiscalização em abstrato das normas, que atuaria, segundo o jurista austríaco, como um *legislador negativo* ao anular as leis declaradas inconstitucionais, embora sem perder a natureza de órgão jurisdicional²⁸.

Consoante aponta Jorge Reis Novaes (2017), foi a partir da segunda metade do século XX, mormente nos Estados europeus marcados pelas experiências traumáticas das guerras, que se verifica uma progressiva constitucionalização dos direitos fundamentais e se generaliza a institucionalização de uma justiça constitucional voltada à sua proteção, convergindo assim para o modelo norte-americano do *judicial review*²⁹.

O mais importante não é o modelo de jurisdição constitucional adotado, mas em que medida o sistema assegura o cumprimento efetivo da Constituição revelado através da tutela dos direitos constitucionais dos cidadãos em face de violações ou ameaças inconstitucionais provenientes de quais-

caráter obrigatório dessa intervenção processual reforça a estrita vinculação do Ministério Público à prossecução da repressão da violação da legalidade democrática”. (CARVALHO, 2011, p. 74).

²⁷ ABBOUD, 2011, p. 102.

²⁸ KELSEN, 2003, p. 153. Conquanto não se desconheça a importância do papel desempenhado pela doutrina Kelseniana do Tribunal Constitucional na implementação e sistematização da jurisdição constitucional europeia, o modelo reduz o significado do controle de constitucionalidade a um aspecto puramente formal, abstraindo a análise da compatibilidade constitucional de decisões judiciais e atos administrativos, o que caberia exclusivamente aos juízes e tribunais comuns. (NOVAIS, 2017, p. 156).

²⁹ *Ibidem*, p. 121 ss. Os sistemas de controle da constitucionalidade estão tendencialmente se convertendo em modelos mistos, de modo que parece já não mais fazer sentido a dicotomia entre o modelo americano, que limita o papel da Corte Constitucional à análise recursal das decisões judiciais a fim de assegurar a observância da Constituição enquanto norma suprema aplicada aos casos concretos; e o europeu, que se restringe à preservação da regularidade orgânica e formal do ordenamento jurídico com o objetivo de extinguir a norma editada em contrariedade à Constituição

quer dos três poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário)³⁰. É comum, por outro lado, que o Tribunal Constitucional ou Supremo Tribunal acumule outras funções, como no caso do TC português que possui competências atípicas relacionadas ao exercício do poder político, processo eleitoral e sistema partidário³¹; e a competência em matéria penal do Supremo Tribunal Federal (cf. artigo 102, I, b e c da CF), dentre outras atribuições de natureza originária³². O que não pode ocorrer, contudo, é essa multiplicidade de papéis obscurecer ou obstaculizar a essência da justiça constitucional centrada no resguardo da supremacia material da Constituição e na proteção dos direitos fundamentais³³.

Nesse contexto, a ideia de um Ministério Público atrelado à tutela dos direitos fundamentais, mormente no âmbito do controle concreto de constitucionalidade, não é apenas compatível com a noção essencial da justiça constitucional, voltada à contenção dos excessos dos poderes públicos em defesa dos direitos dos cidadãos, como extremamente necessária para que essa função jurisdicional funcione de fato e cumpra esse objetivo. Com efeito, é crescente a demanda por direitos sociais, culturais e econômicos decorrente da carência de serviços públicos essenciais, mormente nas áreas da saúde e educação, da busca por reconhecimento e visibilidade nos espaços públicos por minorias como mulheres, pessoas com deficiência e afrodescendentes, do domínio do poder empresarial no mercado capitalista etc., o que suscita a atuação de uma instituição como o Ministério Público vocacionada para a defesa de interesses difusos e coletivos, a fim de evitar que essa massificação de direitos convertidos em processos judiciais inviabilize a própria prestação jurisdicional.

A tutela coletiva, para além de tornar mais efetiva a defesa de direitos que individualmente considerados não teriam o mesmo significado e repercussão que possuem

30 Sobre a função contemporânea da jurisdição constitucional, Georges Abboud destaca "(...) o controle de constitucionalidade não mais se restringe a uma atividade de um legislador negativo, visto que o controle de constitucionalidade não se limita apenas ao aspecto formal, adquirindo também uma dimensão material, o que justifica o nível político de sua atuação". (ABBOUD, 2011, p. 176).

31 Sobre as funções atípicas do TC português: AMARAL, 2012.

32 Dentre as quais, julgar "as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta", em que atua como um verdadeiro "Tribunal da Federação" (cf. artigo 102, I, f, da CF). (SILVA, 2004, p. 561-562).

33 NOVAIS, 2017, p. 166.

quando analisados numa perspectiva global e coletiva, serve de filtro e redução do número de processos judiciais ao evitar que uma série de demandas individuais e repetitivas cheguem ao Judiciário. Nesse sentido, a atuação do MP vai ao encontro da tendência de uniformização e objetivação dos recursos dirigidos às Cortes Constitucionais, mediante a criação de mecanismos de filtragem, como o instituto da repercussão geral no caso do recurso extraordinário brasileiro (cf. artigo 102, § 3º, da CF), dentre outros, para o fim de restringi-los a questões de fato relevantes³⁴.

5. Conclusão

Consoante o exposto ao longo do desenvolvimento do trabalho, é perceptível que a natureza e o perfil institucional dos Ministérios Públicos brasileiro e português implicam uma atuação bastante distinta da instituição na esfera da justiça constitucional em cada um desses dois países. Em relação ao MP brasileiro, a guinada institucional a partir da Constituição de 1988 assegurou-lhe uma total autonomia em relação aos demais poderes públicos e independência funcional, para além de definir claramente suas funções ao qualificá-lo como defensor do Estado democrático de direito, dos direitos sociais e individuais indisponíveis. O que permite a seus membros atuar livre e criteriosamente, com vinculação somente à Constituição e às leis, devendo submeter ao Supremo Tribunal apenas questões concretas que repute de fato relevantes e cuja proteção dos respectivos interesses não tenha sido alcançada nas instâncias inferiores.

No caso do Ministério Público português, apesar dos avanços incorporados pela CRP e revisões constitucionais posteriores no sentido de garantir autonomia orgânica e funcional à instituição e de incluir dentre as suas funções essenciais, além daquelas relacionadas à persecução penal, a defesa da legalidade democrática e de outros interesses previstos na lei, a permanência da função de representar o Estado manteve os vínculos da instituição com o poder Executivo. O que, ao lado da ausência de independência funcional, impõe aos magistrados uma atuação vinculada e obstaculiza

³⁴ Sobre o tema, José Melo Alexandrino critica a previsão do recurso facultativo do direito português por implicar num tipo de acesso essencialmente subjetivista ao TC, em sentido oposto à tendência de objetivação dos recursos dirigidos às Cortes Constitucionais. (ALEXANDRINO, 2010, p. 44-45).

o pleno desenvolvimento das funções do MP português na área da cidadania, mormente na tutela dos direitos fundamentais.

Destarte, o modelo em que a advocacia estatal é exercida pelo Ministério Público já foi ultrapassado na generalidade dos países, como no Brasil desde a Constituição de 1988, que optou por estruturar quadros próprios de advogados públicos para o desempenho dessa importante tarefa, mas que frequentemente revela-se inconciliável com os interesses da sociedade a que incumbe o MP proteger. Desse modo, é mesmo determinante para o exercício de uma defesa efetiva e especializada do interesse social e dos direitos fundamentais do cidadão a separação definitiva entre tais funções.

O controle da constitucionalidade das normas é sem dúvida uma das principais áreas de atuação do Ministério Público brasileiro para defesa de direitos constitucionais do cidadão. Em sede de fiscalização abstrata sua participação é bastante ampla, mormente se comparada ao MP português, que apenas participa do processo se for autor da ação; enquanto o MP no Brasil atua necessariamente através da apresentação obrigatória de parecer em todas as ações diretas - ainda que ajuizadas por outros colegitimados -, para além da legitimidade do PGR para ajuizar todas as espécies de ações diretas.

Na fiscalização concreta, em que a tutela de direitos fundamentais se manifesta ainda com maior nitidez, o MP brasileiro pode suscitar o controle difuso de normas atuando como custos legis nas causas em que lhe caiba intervir por disposição legal ou sempre que intimado pelo juiz para proteger um interesse social em disputa, seja em primeira ou segunda instância. Todavia, é especialmente como órgão agente, por meio da ação civil pública, que a promoção do controle incidental da constitucionalidade possui maior relevância ante a possibilidade de produzir efeitos que ultrapassam as partes da relação processual, como é próprio do processo coletivo, para beneficiar os titulares dos direitos difusos e coletivos protegidos através da ação.

Diferentemente, a atuação do MP português no que se refere à fiscalização da constitucionalidade é voltada preponderantemente à defesa da legalidade objetiva, a fim de conferir sempre a última palavra ao Tribunal Constitucional

e promover a uniformidade da jurisprudência. Tais objetivos, de fato imprescindíveis para uma prestação efetiva da jurisdição constitucional, podem ser alcançadas em maior escala e com mais eficiência através de ações diretas, como já ocorre no Brasil. Tratando-se de controle concreto com efeito inter partes, entende-se que a vinculação à interposição obrigatória de recursos, até mesmo quando o procurador da República esteja de acordo com a decisão recorrida, não é a melhor solução para o MP exercer as suas funções na esfera da justiça constitucional, cuja essência não pode se desvincular da tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Nesse sentido, o entendimento de Vitalino Canas, ao defender uma atuação mais autônoma e independente da instituição em sede de fiscalização difusa, mostra-se mais condizente com a realidade social e aquilo que se pode esperar da jurisdição constitucional. Em Portugal, onde existe um déficit de proteção dos direitos fundamentais em razão da ausência de mecanismos para impugnar atos concretos e omissões inconstitucionais perante o Tribunal Constitucional, uma atuação do Ministério Público mais proativa e direcionada aos casos concretos seria bastante relevante e significativa.

Por fim, conforme ressaltado linhas acima, a tutela coletiva da constitucionalidade pelo Ministério Público traz o benefício de prevenir o ajuizamento de ações individuais repetitivas e evita que tais processos sobrecarreguem as instâncias ordinárias e cheguem até a Corte Constitucional. Assim, corrobora a tendência de objetivação dos recursos constitucionais e extraordinários no sentido de que a jurisdição constitucional fique reservada para as causas efetivamente relevantes e de efeitos transcendentais.

6. Referências

ABADE, Denise Neves, *Garantias do processo penal acusatório*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALEXANDRINO, José Melo. “Sim ou não ao recurso de amparo”, in *Julgar*, Lisboa, n.º II, pp. 41-49, 2010.

AZEVEDO, Luís Eloy. “Os interesses difusos no quadro da história do Ministério Público em Portugal”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 25, n.º 100, p. 135-151, out. dez. 2004.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; ZANTUT, Loren Tazioli Engelbrecht. “Controle de constitucionalidade em ação civil pública e em ação direta de inconstitucionalidade: um debate sobre o conteúdo dos provimentos jurisdicionais”, in Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí, vol. 13, n.º 3, p. 1488-1512, 2018. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica, acesso em 12/04/2019.

AMARAL, Maria Lúcia. “O Tribunal Constitucional e o desempenho das funções estranhas ao controle de constitucionalidade das leis”, in RAMOS, Elival da Silva; BLANCO DE MORAIS, Carlos (coord.), Perspectivas de reforma da justiça constitucional em Portugal e no Brasil, São Paulo: Almedina, pp. 25-33, 2012.

BLANCO DE MORAIS, Carlos. Justiça Constitucional, tomo II - O direito do contencioso constitucional, 2ª ed., Coimbra: Coimbra editora, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 424993/DF, Relator ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, 12 de setembro de 2007, publicação: DJ 19/10/2007.

CALABRICH, Bruno (org.), Modelos de Ministérios Públicos e Defensorias del Pueblo, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, vol. 3, 2014.

CANAS, Vitalino. “O Ministério Público e a defesa da Constituição”, in Revista do Ministério Público, Lisboa, vol. 20, a. 5, pp. 41-90, dez.1984.

CARVALHO, Inês Seabra Henriques de. Em defesa da legalidade democrática: o estatuto constitucional do Ministério Público Português, Lisboa: Editorial Minerva, 2011.

CORREA, Thiago Pinheiro. “O Ministério Público e sua atuação como ombudsman”, in VITTORELLI, Edilson (org.), Temas Atuais do Ministério Público Federal, 4ª ed., Salvador: JusPodivm, pp. 107-124, 2016.

DIAS, João Paulo; FERNANDO, Paula; LIMA, Teresa Maneca. “O Ministério Público em Portugal”, in DIAS, João Paulo; DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (coords.), O papel do Ministério Público – Estudo comparado dos países latino-americanos, Coimbra: Almedina, pp. 27-69, 2008.

DIAS, João Paulo; DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (coords.), O papel do Ministério Público – Estudo comparado dos países latino-americanos, Coimbra: Almedina, 2008.

GARCIA, Emerson, Ministério Público - Organização, Atribuições al did., 6º ed. (ebook), São Paulo: Saraiva, 2017.

GAVRONSKY, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. Manual do Procurador da República – Teoria e prática, 3ª ed., Bahia: JusPodivum, 2017.

KELSEN, Hans. Jurisdição Constitucional, tradução de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAIA, Rodrigo de Almeida. “Em nome da sociedade: o Ministério Público nos sistemas constitucionais do Brasil e de Portugal”, in O direito, Coimbra, n. 2, a. 144, pp. 373-410, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, 23º ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional, Lisboa: AAFDL, 2017.

RODRIGUES, Cunha. Em nome do povo, Coimbra: Coimbra editora, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo, 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.



A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA PANDEMIA DE COVID-19: BREVES NOTAS SOBRE CONTACT TRACING APPS E O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DA VIGILÂNCIA.

THE PERSONAL DATA PROTECTION IN COVID-19 PANDEMIC: SHORT NOTES ABOUT CONTACT TRACING APPS AND THE RIGHT TO PRIVACY IN THE AGE OF SURVEILLANCE

Felipe Müller Dornelas¹

SUBMISSÃO: 24 DE MARÇO DE 2020

APROVAÇÃO: 25 DE JUNHO DE 2021

Vivenciamos atualmente a escalada da vigilância massiva sobre quase todos os aspectos da vida corriqueira. Os dados pessoais são fontes inesgotáveis de informações e, portanto, almejado pelos governos e empresas de tecnologia. Em adição, enfrentamos tempos de pandemia de COVID-19 onde se enxerga a tecnologia como ferramenta de combate ao vírus, sendo os aplicativos de rastreamento de contágio fundamental aliado. Porém, estes apps lidam com inúmeros dados pessoais sensíveis, altamente cobiçados, e o direito à privacidade tende a ficar em segundo plano. Assim, o presente artigo pretende traçar breves notas para desvendar o estado atual de coisas envolvendo a proteção de dados sensíveis em meio ao cenário pandêmico - e massivamente monitorado-, a partir do estudo dos Contact Tracing Apps e as principais tecnologias empregadas nestes, bem como se há proporcionalidade entre o uso e a finalidade de combate ao COVID-19. Palavras-Chave: Contact Tracing Apps; Vigilância; Privacidade; Proteção de Dados Pessoais; COVID-19.

We are currently experiencing the escalation of massive surveillance about almost every single aspect of our lives. The personal data are inexhaustible sources of informations and, therefore, desired by governments and tech companies. In addition, we are living COVID-19 pandemic times where the technology is seen as a tool to fight the virus, and the contact tracing apps are important allies. However, these apps stores a huge amount of sensitive personal data, highly desired, and the right to privacy tends to take low priority. Thus, this article intends to draw brief notes in order to unveil the status quo about sensitive data protection into a pandemic scenario – with mass surveillance- from the study of Contact Tracing Apps and the tech-

¹ Bacharel em Direito pelo Instituto Vianna Júnior. Advogado inscrito na OAB/MG sob o número 130.265. Mestrando em Ciências Político-Jurídicas pela Universidade de Lisboa, Portugal; Pós-Graduado em Direito Processual Lato Sensu pela Universidade Federal de Juiz de Fora-UFJF; Pós-graduado em Direito Médico pelo Centro de Ensino Renato Saraiva-CERS; MBA em Gestão da Saúde pela Universidade São Camilo.

nologies assembled into the them, as well if there is a proportionality between the use and the purpose of facing COVID-19. Keywords: Contact Tracing Apps; Surveillance; Right to Privacy; Personal Data Protection; COVID-19.

1. Introdução

Os dados pessoais e a privacidade ganharam particular relevância no debate jurídico contemporâneo, pois constituem verdadeira matéria-prima para o capitalismo de vigilância e a sociedade da informação, uma vez que, através dos dados pessoais, há o fomento da indústria de tecnologia, possibilitando o desenvolvimento e a criação de produtos e serviços cada vez mais inteligentes, modernos e personalizados.

Na paradigmática obra “A Era do Capitalismo de Vigilância – A disputa por Um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder”, a Socióloga Shoshana Zuboff² revela o estado de coisas da vigilância massiva exercida sobre as pessoas nos tempos atuais -nomeadamente realizada por particulares - por meio das grandes empresas de tecnologia, funcionando os dados pessoais como verdadeiros *comodities* dos “novos tempos”, cunhando tal movimento de Capitalismo da Vigilância.

Acrescenta-se a isto o fato de sermos solapados, em março de 2020, por uma crise epidemiológica de COVID-19, diante da qual as nações unem esforços para encontrar mecanismos de contenção e eliminação do vírus, valendo-se da tecnologia disponível para otimizar esses objetivos.

Por consequência, a ciência epidemiológica atrelada à tecnologia dos *smartphones*, especialmente via aplicações de rastreamento de contágio - apesar de já utilizados anteriormente no combate a outros vírus, como para rastreamento da *influenza*³

² ZUBOFF, Shoshana. A Era do Capitalismo de Vigilância – A disputa por Um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder. Traduzido por Luis Filipe Silva e Miguel Serras Pereira, Lisboa: Relógio D'Água, 2020.

³ “Smartphone science didn’t start with COVID-19. But the pandemic has spurred researchers to fast-track citizen-science efforts that use smartphones to gather information about the disease. Volunteers can regularly log details about their symptoms, testing status and location through apps or websites. For instance, data from 5 million users of Brownstein’s crowdsourced tracker for influenza and COVID-19 — called Outbreaks Near Me — provided early evidence of the benefits of masking”. Disponível em <<https://www.nature.com/articles/d41586-021-01253-y>>. Acesso em: 16, jun. 2.021

e o *Zika virus*⁴-, despontou como eficaz instrumento no combate ao COVID-19.

Nesta toada, as referidas aplicações fornecem subsídios fáticos aos governantes e autoridades sanitárias para que estas possam concretizar políticas de saúde pública na contenção à pandemia, especialmente pela facilidade e velocidade em coletar, armazenar e sistematizar uma quantidade enorme de dados pessoais que serão tratados e transformados em inteligência. Entretanto, várias questões jurídicas são levantadas pelo uso destes aplicativos, estando a temática da privacidade e da proteção aos dados pessoais no centro deste debate.

Assim, esta pesquisa busca traçar linhas gerais sobre a relação existente entre os dados pessoais e o emprego da tecnologia de *contact tracing apps*, tais como conceito e tecnologias empregadas, bem como correlacioná-los com o direito à privacidade, à proteção de dados pessoais e a máxima da Proporcionalidade, para compreender a viabilidade jurídico-constitucional do uso destas aplicações de rastreamento de contágio no combate ao COVID-19 dentro de um contexto de vigilância.

2. A vigilância em massa e no contexto pandêmico de COVID-19

Os Estados Unidos da América, sobretudo após os eventos terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001, passaram a intensificar e aprimorar estratégias de vigilância e espionagem - em uma forma até então sem precedentes - a pretexto de combater o terrorismo e prevenir novos atentados. Porém, conforme trazido à tona pelo ex-analista da *National Security Agency (NSA)*, Edward Snowden⁵, essa vigilância massiva extrapolou os limites da razoabilidade e acabou por violar direitos dos cidadãos comuns, que nada tinham relação com terrorismo e estavam sob vigilância em todos os

4 Chen, H., Yang, B. O., PEI, H., & LIU, J. (2019). Next Generation Technology for Epidemic Prevention and Control: Data-Driven Contact Tracking. *IEEE*, p. 2633-264 apud JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Prós e contras do contact tracing, ou monitoramento epidêmico. In: Revista do Consultor Jurídico, 15 de julho de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-15/taina-junquilha-pros-contras-contact-tracing#_ftn3>. Acessado em 17 de jun. 2021.

5 GREENWALD, Glenn. Sem lugar para se esconder Edward Snowden, a NSA e a espionagem do governo americano. Rio de Janeiro: Sextante Tradução de Fernanda Abreu, 2014. p.5.

aspectos.

A partir desse novo cenário social e tecnológico, houve um crescimento e desenvolvimento de novas formas e tecnologias de monitoramento e vigilância em massa de pessoas, o que despertou interesse igualmente pelo setor privado.

Atentas ao potencial de oportunidades, portanto, as grandes empresas privadas de tecnologia prontamente perceberam o quão valioso consistia a coleta, análise e sistematização de informações obtidas da vigilância, ou seja, o tratamento de dados pessoais e suas utilizações potencialmente mercadológicas, tais como, *v.g* melhorias nas campanhas de marketing com personalização e *profiling*, acesso a novos possíveis clientes, personalização de produtos e serviços e, consequentemente, a nova perspectiva de lucratividade.

Assim, a rede de vigilância que inicialmente era utilizada pelo Estado para o suposto combate ao terrorismo acabou por se desvirtuar ao longo do tempo e encontrou seu *locus* também no setor privado, alavancando uma indústria que chega a valer trilhões de dólares no mercado⁶. Portanto, surgiu, especialmente no Vale do Silício na Califórnia - nascedouro das *Big Techs* -, uma nova forma de capitalismo, com fulcro na vigilância, coleta e tratamento dos dados de pessoas, inicialmente à mercê de qualquer regulação, consentimento e observância do direito fundamental à privacidade e proteção de dados.

Explica-nos Zuboff (2020) que o *Capitalismo da Vigilância*⁷ partiu da mera coleta de dados pessoais de usuários - que ocorria principalmente por meio de redes sociais - e posterior negociação para empresas interessadas, especialmente para fins de marketing direcionado, para uma sistematização preditiva dos referidos dados, com inteligência artificial, capaz de antever comportamentos humanos e, dessa forma, induzir os usuários a consumos personalizados. Por isso, tal prática antiética, *ipsis litteris* “reivindica unilateralmente a experiência humana como matéria-prima gratuita que

6 Em 16 de janeiro de 2020 as 5 big techs Apple, Facebook, Microsoft, Amazon e Alphabet chegaram a valer US\$ 4,795 trilhões. Neste sentido, conferir ><https://www.poder360.com.br/economia/a-evolucao-do-valor-de-mercado-das-big-techs/>>. Acessado em 18. Jun, 2021.

7 ZUBOFF. Op cit., p.1 “A Definição” 1. Uma nova ordem econômica que se apropria da experiência humana e a usa de forma encoberta como matéria-prima em práticas comerciais de extração, previsão e venda.

transforma em dados comportamentais”⁸

Em síntese, o *modus operandi* do Capitalismo de Vigilância consiste fundamentalmente na coleta, utilização e venda de dados pessoais, sem consentimento, com objetivo de lucro não autorizado pelos usuários/clientes via marketing direcionado e indução ao consumo.

Como bem assevera (BIONI, 2021, p.5). esta nova forma de organização da sociedade, baseada na tecnologia, tem a sua centralidade consubstanciada na coleta para tratamento de dados pessoais visando a transformação destes em informação que, por conseguinte, impulsiona todo um sistema econômico: “no estágio atual, a sociedade está encravada por uma nova forma de organização em que a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da econômica, substituindo os recursos que outrora estruturavam as sociedades agrícola, industrial e pós-industrial”⁹

Assim, a evolução tecnológica proporcionou o tratamento de uma gama infundável de dados, em velocidade jamais vista, modificando a estrutura das relações sociais para uma nova era, onde encurtam-se as distâncias de tempo e espaço e, conseqüentemente, as relações políticas, econômicas e culturais tomam nova forma. No entendimento de Paesani (2010) houve um “encolhimento” do mundo, por meio da compreensão do espaço-tempo¹⁰.

À evidência, é inimaginável a quantidade de dados pessoais que as *big techs* têm sobre os seus clientes, bem como é quase impossível dizer o que elas não sabem sobre nós, como nosso e-mail, SMS, chamadas telefônicas, hábitos de navegação, histórico de compras e pesquisas etc. Neste cenário, soma-se o ambiente de vigilância pandêmica de COVID-19, uma doença respiratória aguda causada pelo SARS-CoV-2.¹¹

8 Ibidem, p. 22.

9 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento – e. ed. – [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.5.

10 PAESANI, Líliliana Minardi. A publicidade móvel e a vulnerabilidade do consumidor. In: MORATO, Antonio Carlos; NERI, Paulo de Tarso (org). 20 anos do Código de Defesa do Consumidor: estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito. São Paulo: Atlas, 2010. p. 183-188 apud BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento – e. ed. – [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p.6.

11 O vírus foi identificado pela primeira vez em Wuhan, na província de Hubei, República Popular da China, em 1 de dezembro de 2019, mas o primeiro caso foi reportado em 31 de dezembro do mesmo ano. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Pandemia_de_COVID-19>. Acesso em: 18, jan. 2.021

Obviamente, ao juntar essas situações, surgiram questionamentos acerca das medidas de vigilância sanitária no combate ao COVID-19 e a proteção de dados pessoais ligados à saúde. De início, na China, primeiro epicentro de disseminação, o governo se utilizou de dados pessoais da população para conter aglomerações¹² e, nessa toada, Rússia¹³ e Israel¹⁴ igualmente tiveram debates sobre o tema após tomarem medidas que envolviam o monitoramento de seus cidadãos.

Evidentemente, a tecnologia passou a assumir papel central na instrumentalização dos esforços para maximizar e viabilizar novas soluções para crise pandêmica, dentre as quais perpassam desde a criação das vacinas e fármacos altamente modernos, *v.g.* com utilização de terapias de RNA, bem como o monitoramento eletrônico de aglomerações, a utilização de *drones* para acelerar atendimentos e providências, impressões 3D para peças em hospitais, o pagamento via cartões *contactless*, as aplicações de rastreamento de contágio, dentre outras.

Vaishya *et al* (2020)¹⁵, elencam sete possíveis usos e consequências da inteligência artificial na ajuda à pandemia, quais sejam: *i)* Detecção e diagnóstico precoce da infecção; *ii)* Projeção de número de casos e de mortalidade; *iii)* Desenvolvimento de medicamentos e vacina; *iv)* Redução da carga horária dos profissionais da saúde com a utilização, por exemplo, de robôs para limpeza e esterilização de quartos de hospital; *v)* Análise preditiva; *vi)* Monitoramento do tratamento; e *vii)* Rastreamento de contato dos indivíduos.

Neste espectro, as iniciativas tecnológicas desenvolvidas a fim de aprimorar os rastreamentos de sintomas, contatos e deslocamentos de pessoas, considerados componentes importantes para subsidiar estratégias de saúde pública,

12 Disponível em: <<https://policyreview.info/articles/news/data-protection-times-covid-19-risks-surveillance-brazil/1462>>. Acesso em: 17, jan. 2.021.

13 Disponível em: <<https://www.themoscowtimes.com/2020/03/25/coronavirus-outbreak-is-major-test-for-russias-facial-recognition-network-a69736>>. Acesso em: 17, jan. 2.021.

14 Disponível em: <<https://edition.cnn.com/2020/03/29/europe/russia-coronavirus-authoritarian-tech-intl/index.html>>. Acesso em: 17, jan., 2.021.

15 Vaishya, R., Javaid, M., Haleem, I., & Haleem, A. (2020). Diabetes & Metabolic Syndrome: Clinical Research & Reviews Artificial Intelligence (AI) applications for Covid-19 pandemic. 14, 337–339. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1871402120300771?via%3Dihub> apud JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Prós e contras do contact tracing, ou monitoramento epidêmico. In: Revista do Consultor Jurídico, 15 de julho de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-15/taina-junquillo-pros-contras-contact-tracing#_ftn3>. Acessado em 17, de jun. 2.021.

monitoramento e vigilância de contágios pelos governos, despontaram com grande vigor, levando o assunto sobre a privacidade, proteção de dados e as consequentes vantagens e desvantagens do *Contact Tracing Apps* ao centro do debate público.

Os aplicativos supramencionados, para terem eficácia, dependem de grande adesão da população e, consequentemente, de um enorme volume de tratamento de dados pessoais sensíveis, questões que suscitam debate acerca da privacidade e proteção de dados pessoais do utilizador, tais como a quantidade de dados necessários para atingir a finalidade almejada, a possibilidade de identificação dos usuários, o tratamento vinculado ao objetivo finalístico, bem como a sua eficácia no enfrentamento à pandemia de COVID-19.

Para ilustrar o tipo de problema que estamos a enfrentar acerca da privacidade e uso de alternativas para combate à pandemia de COVID-19, recentemente o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi instado a manifestar-se sobre a compatibilidade da Medida Provisória n° 954 de 2020 que dispunha sobre o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE.

Ocorre que, em abril de 2020 o poder executivo, dispondo da prerrogativa que a Constituição brasileira de 1988 lhe faculta, de legislar através de Medida Provisória¹⁶, em casos de matéria de relevância e que exija urgência, editou a MP n° 954 de 2020 autorizando o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, para fins de suporte à *produção estatística oficial* durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus.

A MP 954/2020 determinava que, durante a emergência de saúde decorrente do COVID-19, as empresas de telefonia fixa e móvel deveriam fornecer ao IBGE os dados pessoais dos seus clientes, tais como a relação dos nomes, números de telefone e endereços, e estas informações seriam utilizadas para a *produção das estatísticas de cunho oficial*.

¹⁶ CRFB - Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional

Atentos para vigilância desproporcional sobre os dados pessoais que a referida legislação poderia impor aos brasileiros, foram ajuizadas as ações diretas de inconstitucionalidade n.ºs. 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, cujo pedido resume-se na inconstitucionalidade dos arts. 2.º, *caput* e §§ 1.º a 3.º e 3.º¹⁷.

Nos termos das ações diretas de inconstitucionalidade, o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), visando a produção de estatística oficial durante a pandemia de COVID-19, violaria a dignidade da pessoa humana, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas bem como o sigilo dos dados, a privacidade e autodeterminação informacional, ao submeter o cidadão brasileiro a uma recolha e tratamento de dados pessoais sem delimitar precisamente o objeto da estatística a ser produzida, a finalidade específica ou a sua amplitude, ensejando uma vigilância indesejada e desproporcional.

Em sede de cognição sumária, a Relatora do caso, Ministra Rosa Weber, concedeu medida liminar *ad referendum*, que depois fora corroborada pelo Plenário do STF, para suspender a eficácia da referida MP 954/2020, entendendo que esta exorbitou dos limites traçados pela Constituição, pois a lei diz que os dados serão utilizados exclusivamente para a *produção estatística oficial* sem delimitar o objeto da estatística a ser produzida, a finalidade específica ou a sua amplitude, padecendo de desproporcionalidade. Outrossim, a MP não trouxe mecanismos técnico ou administrativo para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados, vazamentos

17 MPV 954/2020 - Art. 2.º As empresas de telecomunicação prestadoras do STFC e do SMP deverão disponibilizar à Fundação IBGE, em meio eletrônico, a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas. § 1.º Os dados de que trata o **caput** serão utilizados direta e exclusivamente pela Fundação IBGE para a produção estatística oficial, com o objetivo de realizar entrevistas em caráter não presencial no âmbito de pesquisas domiciliares. § 2.º Ato do Presidente da Fundação IBGE, ouvida a Agência Nacional de Telecomunicações, disporá, no prazo de três dias, contado da data de publicação desta Medida Provisória, sobre o procedimento para a disponibilização dos dados de que trata o **caput**. Art. 3.º Os dados compartilhados: I - terão caráter sigiloso; II - serão usados exclusivamente para a finalidade prevista no § 1.º do art. 2.º; e III - não serão utilizados como objeto de certidão ou meio de prova em processo administrativo, fiscal ou judicial, nos termos do disposto na Lei n.º 5.534, de 14 de novembro de 1968. § 1.º É vedado à Fundação IBGE disponibilizar os dados a que se refere o **caput** do art. 2.º a quaisquer empresas públicas ou privadas ou a órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de quaisquer dos entes federativos. § 2.º A Fundação IBGE informará, em seu sítio eletrônico, as situações em que os dados referidos no **caput** do art. 2.º foram utilizados e divulgará relatório de impacto à proteção de dados pessoais, nos termos do disposto na Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.

acidentais ou utilização indevida.¹⁸

Em importante trecho de seu voto, a Min. Weber, parafraseando Clarissa Long, em estudo publicado pela Columbia Law School Books, assim alerta sobre a importância de coibir a vigilância indevida sobre o cidadão: A história nos ensina que uma vez estabelecidos, é improvável que poderes governamentais de vigilância e coleta de dados de seus cidadãos e residentes retrocedam voluntariamente. E a história também tem nos ensinado que uma vez que dados são coletados para um propósito, é muito difícil evitar que sejam usados para fins outros não relacionados. (...) Sempre haverá a próxima pandemia em algum momento no futuro, se não de COVID-19, de algum outro agente infeccioso. Os desafios que as pandemias apresentam para a privacidade da informação não irão embora nem se atenuarão com brevidade.¹⁹

Portanto, este caso emblemático e recente corrobora o constante embate entre a vigilância exercida pelos governos e *big techs* e o direito à privacidade e a proteção de dados pessoais, configurando-se de vital importância lançar luz sobre este tema.

3. Contact Tracing Apps

O rastreamento de contágio por aplicativos mostrou-se instrumento relevante no combate ao COVID-19, notabilizando-se como política de saúde pública face a necessidade de obter, sistematizar e compilar dados sobre como o vírus se espalha, quando isso acontece, quem são os vetores e quem está em risco, onde o vírus tem mais incidência, para então testar e isolar indivíduos infectados, a fim de diminuir a propagação e controlar a pandemia.

Logo, na sociedade hiperconectada em que vivemos, a grande quantidade de informação e o tempo recorde que ela circula nestes aplicativos é essencial para encurtar o tempo de reação das autoridades e da população no combate ao COVID²⁰, o que resulta numa maior perspectiva de preser-

18 STF. Plenário. ADI 6387, ADI 6388, ADI 6389, ADI 6390 e ADI 6393 MC-Ref/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgados em 6 e 7/5/2020 (Info 976).

19 LONG, Clarissa; Privacy and Pandemics In PISTOR, Katharina. Law in the time of COVID-19. Columbia Law School Books, 2020. p.112. Disponível em: <<https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1239&context=books>>. Acesso em 19, de jun. 2021.

20 Disponível em: <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Public-health-management-people-in-contact-with-COVID19-cases_PT.pdf>. Acesso

vação de vidas. Contudo, este fato também pode significar uma grande exposição ao controle e vigilância de governos e grandes indústrias da tecnologia, como já explicado no capítulo anterior.

Grosso modo, estes *Apps* funcionam a partir do *download* ou da própria atualização do sistema operacional utilizado no smartphone, de modo que o usuário que testa positivo informa tal condição ao sistema este, ao seu turno, emite notificações aos demais utilizadores que mantiveram contato com a pessoa infectada, seja com base em geolocalização (GPS), seja através de troca de “chaves” por tecnologia *Bluetooth*.

Consoante a Organização Mundial de Saúde (OMS), o rastreamento de contatos é instrumento essencial de política pública de saúde e, quando corretamente implementado e utilizado sistematicamente, pode reduzir o número de novos casos, mas tal utilização deve guardar estrita observância aos direitos fundamentais dos usuários, notadamente à privacidade²¹.

Todavia, para que o rastreio de contágio via aplicativos tenha eficácia, faz-se necessário que haja acesso à internet disponível e voluntariedade das pessoas em informar eventual contaminação. Portanto, tendo em vista esse cenário, podem surgir questões jurídico-constitucionais relevantes acerca da privacidade e do tratamento dos dados sensíveis e que podem variar de acordo com o tipo de tecnologia utilizada.

Como o presente estudo não pretende esgotar todas as tecnologias disponíveis de rastreio, faremos referência ao sistema de i) geolocalização (GPS); ii) proximidade via *Bluetooth* (BT); iii) proximidade via *Bluetooth Low Energy* (BLE).²²

O sistema de rastreamento via geolocalização (GPS) funciona a partir do momento em que um usuário informa estar infectado ao sistema e este realiza uma comparação entre o histórico de localização do contaminado nos últimos 14 dias com o banco de dados que abrange os históricos de

em 22, jan., 2.021.

²¹ World Health Organization. Contact Tracing in the context of COVID-19 (Interim Guidance) 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/contact-tracing-in-the-context-of-covid-19>>. Acesso em: 17, jan., 2.021.

²² Disponível em: <<https://24.sapo.pt/tecnologia/artigos/sera-a-privacidade-a-ultima-vitima-da-covid-19>>. Acesso em 25, jan., de 2021.

todos os outros usuários do aplicativo, emitindo alertas para aqueles em que haja coincidência de local e horário com o infectado, noticiando o possível contato com a pessoa com infectada e a necessidade de iniciar quarentena e tomar as medidas necessárias..²³

Porém, duas são as maiores preocupações deste tipo de tecnologia, pois submete o usuário ao constante monitoramento de itinerário, bem como o armazenamento de dados pessoais sensíveis na memória. Ou seja, em tese, há possibilidade de vigilância total através pela monitoração contínua e falta de segurança no armazenamento dos dados.

Isso ocorre pois a cada instante os movimentos de centenas de milhões de pessoas são identificados pelo sistema de geolocalização embutido em seus smartphones e permanecem armazenados na memória, tornando-se suscetíveis de serem usurpados por outros aplicativos, *hackeados* ou tratados de forma ilegal, como ocorreu em Singapura, onde mais de 80% da população aderiu ao aplicativo de rastreamento “Trace-Together” - que utiliza tecnologia via GPS-, mas o tratamento desses dados não se limitou ao combate ao COVID-19, sendo utilizados pelo governo também para investigações criminais²⁴.

À evidência, a tecnologia em comento traz graves problemas relacionados à privacidade do usuário, por utilizarem dados em excesso e armazenados de forma não muito segura, sujeitos à serem usurpados e, portanto, demonstra padecer de proporcionalidade entre o fim almejado e o meio utilizado.

Ao seu turno, na tecnologia *Bluetooth* (BT), o rastreamento é feito por proximidade e permite que as pessoas que tiveram próximas troquem “chaves” de identificação - com as informações e dados pessoais- que são códigos efêmeros criados pelos smartphones e renovados em um determinado período que gira em torno de dez a vinte minutos.

Entrementes, através do cruzamento desses identificadores anônimos será possível observar se o utilizador esteve próximo de alguém infectado e alertá-lo sobre o fato, desde

²³ Ibidem.

²⁴ Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2021/01/relatorio-alerta-para-violacao-de-privacidade-e-potencial-vigilancia-em-medidas-do-governo.shtml>>. Acesso em: 26, jan. 2.021.

que exista voluntariedade pelo próprio utilizador em inserir no sistema a informação. Neste método os dados são descontextualizados ou pseudoanonimizados²⁵ e torna-se praticamente impossível identificar o usuário²⁶, o que dá primazia à privacidade.

Outrossim, as gigantes da tecnologia *Apple* e *Google*, em uma parceria inédita, desenvolveram e aprimoraram a tecnologia de *Bluetooth Low Energy* (BLE), de participação anônima e voluntária, que tem por característica a *aleatorização* de endereço e derivação de chave entre transportes, ou seja, consiste na troca de códigos de identificação e chaves de rastreamento únicas, visando criar um sistema de rastreio de contágio mais seguro e protetivo da privacidade dos usuários²⁷.

Nessa tecnologia o *smartphone* também receberá códigos de outros dispositivos com notificação de exposição ativado e os salvará de forma criptografada. Ademais, estes códigos de identificação mudam regularmente para dificultar a localização. Para além, o sistema utiliza a transmissão via criptografia AES²⁸ para proteger as informações, cujo grau de segurança é dos mais elevados.

A chave de rastreamento, ao seu turno, é vinculada aos vários códigos de identificação transmitidos pelo aparelho, e a ligação entre a chave de rastreio e os códigos de identificação é armazenada em um servidor central, protegido para impedir a descoberta da relação por pessoas não autorizadas. Assim, apenas quem informou ter testado positivo para o vírus da COVID-19 terá essa chave de rastreamento enviada

25 Conforme conceito trazido no art. 13, §4º da LGPD a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro.

26 Conferir nesse sentido: <<https://www.reuters.com/article/health-coronavirus-apps/bluetooth-phone-apps-for-tracking-covid-19-show-modest-early-results-idINKCN22329X?edition-redirect=in>>. Acesso em 28, jan., 2.021.

27 Disponível em: <<https://support.apple.com/pt-br/guide/security/sec-82597d97e/web>>. Acesso em 28, jan., 2021.

28 AES é um subconjunto de cifra de bloco da família Rijndael desenvolvida por dois criptógrafos, Vincent Rijmen e Joan Daemen, que submeteram a proposta ao NIST durante o processo de seleção AES. Rijndael é uma família de cifras com diferentes chaves e tamanhos de bloco. ES tornou-se eficaz como um padrão do governo federal em 26 de maio de 2002, após a aprovação do Secretário de Comércio. Ela está incluída na norma ISO/IEC 18033-3. Também está disponível em muitos pacotes de criptografia diferentes e é a primeira (e única) cifra acessível publicamente aprovada pela Agência de Segurança Nacional (NSA) para informações altamente secretas quando usado em um módulo criptográfico aprovado pela NSA. Fonte: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Advanced_Encryption_Standard>. Acesso em: 17 jan., 2.021.

para a nuvem, não sendo transmitida por *Bluetooth*²⁹.

Por consequência, ao menos uma vez por dia o celular fará o download de uma lista de códigos de identificação de pessoas que testaram positivo. Se houver uma correspondência entre os códigos dessas pessoas e os códigos armazenados no seu celular, isso significa que você teve contato com alguém infectado e será alertado sobre como proceder.

De mais, aduz a *Apple* que seus aplicativos possuem recursos de criptografia adicionais para resguardar os dados do usuário, mesmo que outras partes da infraestrutura de segurança tenham sido comprometidas e que todos esses recursos beneficiam tanto usuários quanto administradores de TI, protegendo informações e fornecendo métodos para o apagamento remoto completo e imediato no caso de roubo ou perda do dispositivo³⁰.

Em resumo, pode-se afirmar que os *apps* de rastreamento de contágio trazem realmente benefícios ao combate à pandemia ao possibilitar a transformação rápida de uma imensidão de dados pessoais em inteligência, voltada ao subsídio de políticas públicas de saúde e preservar muitas vidas, notadamente diante da possibilidade de diagnóstico precoce. Também pode-se utilizar a inteligência artificial, *big data*, dentre outros, para identificar quais cidadãos tem menor ou maior propensão em se contaminar e informá-los para que haja uma atenção maior.

Todavia, não se pode esquecer que os dados, ainda que (pseudo)anonimizados informados à *Apple* e ao *Google*, via tecnologia BLE, como em caso de contaminação, farão parte de um servidor central, *cloud* ou banco de dados gigantesco e sem precedentes. Apesar destas *big techs* informarem que protegem a privacidade do usuário com o que existe de melhor, fato é que a hipossuficiência deste frente àquelas, somado à legislação lacunosa e vacilante no Brasil, não permite averiguar e atestar por vias independentes a total lisura do tratamento.

29 Conferir para maiores esclarecimentos: <<https://tecnoblog.net/335748/como-funciona-a-tecnologia-feita-por-apple-e-google-para-monitorar-covid-19/>>. Acesso em: 18, jan, 2021.

30 Disponível em: <<https://support.apple.com/pt-br/guide/security/sece-3bee0835/1/web/1>>. Acesso em 28, jan., 2021.

4. Direito à privacidade e à proteção de dados sensíveis na utilização de “Contact Tracing Apps”

Segundo o abrangente estudo “A First Look at Contact Tracing Apps”, que analisou diversos “Contact Tracing Apps” utilizados em vários países, notou-se que a maioria dos aplicativos coletavam dados pessoais que não guardam finalidade ao objetivo, tais como informações de localização, nome, número de telefone, data de nascimento e identificador de chamadas.³¹ Por isso uma proteção ampla da privacidade e proteção de dados é imperiosa e urgente.

Noutro giro, a *densificação* do direito à proteção de dados pessoais ainda não é expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) como um direito fundamental autônomo³², mas não é prudente presumir que a proteção não tem assento constitucional, vez que, consoante escólio sempre preciso da Schertel (2014, p.172) pode-se extrair a proteção de dados pessoais através da cláusula geral de proteção à intimidade da vida privada, inculpada no inc. X, do art. 5º da CRFB. Observe-mos: “Entretanto, a proteção aos dados decorre da inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X). Mesmo sem uma previsão expressa, é possível extrair-se da Constituição Federal um verdadeiro direito fundamental à proteção de dados pessoais”.³³

Neste sentido, os direitos da personalidade, como expressão da dignidade da pessoa humana, são verdadeiros *numerus apertus* que comportam e dão guarida à novel proteção de dados pessoais, conforme preconiza Bioni (2021):

“Os direitos da personalidade são uma *noção inacabada* que deve ser cultivada especialmente frente ao abor-dado manancial de dados produzidos pelas pessoas na sociedade da informação. [...] Os direitos da personalidade não se limitam àquelas situações previstas no CC, sendo o seu rol *numerus apertus* (rol aberto). Eles não

31 Azad, Muhammad & Arshad, Junaid & Akmal, Ali & Abdullah, Sidrah & Ahmad, Farhan & Imran, Muhammad & Riaz, Farhan. (2020). A First Look at Contact Tracing Apps, disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/342436014_A_First_Look_at_Contact_Tracing_Apps>. Acesso em: 25. jan., 2021.

32 Conferir Projeto de Emenda à Constituição Brasileira nº17 de 2019, que propõe a inclusão da proteção de dados pessoais como um direito fundamental do cidadão. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>>. Acesso em: 21. jan., 2021.

33 MENDES, Laura Schertel. Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor, São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

exaurem naquelas espécies enumeradas nos arts. II a 21 do CC, o que abre caminho para o reconhecimento da proteção de dados pessoais como um *novo direito da personalidade*³⁴.

Por sua vez, no âmbito da União Europeia já existe a regulamentação da matéria através do regime europeu de proteção de dados (RGPD), bem como do art.8^{o35} da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Já no Brasil, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) n.º 13.709/2018, que entrou em vigor em 18/09/2020 – no curso da pandemia-, representou um marco na regulamentação da matéria ao dispor sobre todas as operações de tratamento de dados pessoais³⁶, inclusive através de meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado.

Por consequência, a LGPD - na esteira do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (RGPD)³⁷ -, regulamenta por meio da norma trazida pelo inc. II do art.5^o a proteção de dados relacionados à saúde, como sendo de natureza sensível. Nesse diapasão, há evidente correlação entre os problemas mais encontrados nas tecnologias de *contact tracing apps*, supramecionados, e a proteção da esfera da privacidade e de dados pessoais sensíveis.

Para Doneda (2019), uma característica intrínseca da sensibilidade dos dados, como merecedora de uma tutela mais robusta, é a possibilidade potencial de utilização discriminatória e, portanto, violadora de direitos fundamentais. Senão vejamos:

“O regime adotado em relação aos dados sensíveis varia de acordo com as concepções a este respeito em cada ordenamento. Na verdade, deve-se ter em con-

34 BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento – e. ed. – [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 52

35 RGPD - 1. Todas as pessoas têm direito à proteção dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objeto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respetiva retificação. 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente

36 Segundo o art. 5^o.X da LGPD o tratamento consiste em toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

37 Regulamento (UE) n^o2016/679, disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 19, jan., 2021.

ta que a diferenciação conceitual dos dados sensíveis atende à uma necessidade de estabelecer uma área na qual a probabilidade de utilização discriminatória da informação é potencialmente maior [...]”³⁸.

Entrementes, a União Europeia, atenta às possíveis violações de direitos por estes aplicativos de rastreio de contágio expediu recomendações³⁹ para o uso adequado da tecnologia, nas quais, em linhas gerais, interpretando o conteúdo principiológico já inserido na RGPD, indicou atenção especial ao papel das autoridades nacionais de proteção de dados, a possibilidade de controle total do usuário sobre seus dados, a utilização limitada dos dados, limites estritos na conservação destes e garantia da exatidão e segurança.

Em relação ao Brasil, imperioso destacar o “Relatório privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19”, confeccionado pela *DataPrivacyBR Research*, por meio do qual apresentou princípios e recomendações para a formulação de políticas de compartilhamento de dados pessoais entre entidades da Administração Pública e/ou destas com entidades do setor privado no contexto da pandemia. Senão vejamos:

i) Motivação Fundamentada; ii) Amparo em Autorização Legal; iii) Formalização em Instrumento Jurídico; iv) Definição de Finalidade Específica: iv.1) Vedação do uso com finalidades lucrativas e discriminatórias abusivas; v) Limitação ao mínimo necessário; vi) Definição do ciclo de vida dos dados: vi.1) Limitação temporal, vi.2) Exclusão posterior ao uso adequado, vi.3) Qualidade dos dados; vii) (Pseudo)anonimização de forma a garantir baixos riscos de reidentificação de pessoas: vii.1) Compromisso de não reidentificação pelo recipiente, vii.2) Priorização da informação (‘output’) e não repasse de dados (‘input’), vii.3) Inclusão de recipientes terceiros confiáveis caso seja preciso agregar a base de dados e vii.4) Não divulgação de identidade de recuperados, infectados ou suspeitos; viii) Garantia da Segurança da Informação: ix) Transparência Ativa e x) Preferência por aplicativos e tecnologias por código aberto.⁴⁰

38 DONEDA, Danilo. Da Privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 144.

39 COMMISSION RECOMMENDATION of 8.4.2020 on a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the COVID-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1e8b1520-7e0c-11ea-aea8-01aa75ed71a1/language-en>>. Acesso em: 18.jan., 2021.

40 Disponível o conteúdo em: <https://www.dataprivacybr.org/relatorio_privaci>

À evidência, de forma aplicada à proteção de dados pessoais num contexto pandêmico, o indigitado relatório, bem como as recomendações da EU, acabam por dar primazia aos princípios insculpidos no art. 6º da própria LGPD⁴¹, bem como aos direitos dos titulares de dados pessoais, desta feita com previsão no art. 9 da legislação supra.⁴²

Por conseguinte, é imperioso que as empresas que desenvolvam as tecnologias de rastreio tenham, desde o início, a preocupação de conceber aplicativos projetados para preservar a privacidade dos dados pessoais em todos os aspectos, o que se conceitua como *privacy by design*, com especial atenção às leis - tais como LGPD/RGPD -, recomendações de órgãos representativos, devendo-se observar a compatibilidade das aplicações, desde o início, com o quadro legal e constitucional vigente.

Deve-se exigir daqueles que tratam e operam dados pessoais o compromisso, notadamente externado nas políticas de uso, quanto a adesão às boas práticas de governança, norteando-se pelos princípios elencados adrede, mormente quando relacionados à aplicativos de rastreio de contágio.

Em especial, a observância da (*pseudo*)anonimização, que assegura, em tese, maior privacidade do usuário; a *definição da finalidade específica*, que permite o controle de proporcionalidade e gestão na utilização dos dados, bem como se a modelagem de dados considerada minimiza e maximiza, respectivamente, os riscos à privacidade e a eficiência no combate à pandemia; a *limitação temporal e ao mínimo de dados possível*, que possibilita uma menor intrusão à privacidade do utilizador, que não precisa fornecer dados além daquilo que seja necessário, sendo estes tratados por tempo suficiente à busca do objetivo; a *não divulgação de identidade de recuperados*

dade/>. Acesso em 18, jan., 2021.

41 A LGPD elenca como princípios para a atividades de tratamento de dados pessoais, além da boa-fé, os seguintes: I – finalidade; II – adequação; III – necessidade; IV - livre acesso; V - qualidade dos dados; VI – transparência; VII – segurança; VIII – prevenção; IX - não discriminação e X - responsabilização e prestação de contas.

42 Consoante o Art. 9º da LGPD O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso: I - finalidade específica do tratamento; II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial; III - identificação do controlador; IV - informações de contato do controlador; V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade; VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

e infectados ou suspeitos, pois trata-se de dados pessoais sensíveis e devem ser colocados no topo da privacidade e, por fim, *a preferência por aplicativos e tecnologias com código aberto*, para permitir maior, acesso, participação democrática, escrutínio público e, em última instância, eficiência.

No mesmo sentido, no âmbito da União Europeia, houve a divulgação do documento *Joint European Roadmap towards lifting COVID-19 containment measures (2020/C 126/01, da Comissão)*⁴³, onde expressamente diz que o uso de *contact tracing apps* deve ser feito com respeito ao *legal framework* atinente à proteção de dados pessoais europeu, bem como de adesão voluntária e consentida pelo usuário⁴⁴.

Corroborando o que se defende neste estudo, a supra-citada orientação estabelece que é essencial que a tecnologia empregada nestes aplicativos de rastreamento deva-se basear na anonimização dos dados dos utilizadores, sem qualquer forma de monitoramento nem de abertura dos nomes dos infectados para outros usuários, sendo que ao fim da pandemia os dados deverão ser apagados⁴⁵.

Em Portugal, como nos revela Egídio (2020), em se adotando o sistema de rastreamento e contágio por aplicações, estas deverão ser de utilização voluntária e consentida, com uso de tecnologia Bluetooth necessariamente. Vejamos:

“Depois de alguma discussão na comunicação social, ficou esclarecido que a aplicação a ser implementada em Portugal, integrada na iniciativa Monitorcovid19.pt e desenvolvida pelo INESC TEC, será uma plataforma de uso voluntário (ou seja, o utilizador terá de dar seu consentimento, ao fazer voluntariamente do *down-*

43 Disponível em <https://ec.europa.eu/jrc/communities/sites/default/files/communication_-_a_european_roadmap_to_lifting_coronavirus_containment_measures_0.pdf>.

44 Em igual sentido conferir Diretrizes sobre utilização de dados de localização e ferramentas de contact tracing no contexto do surto de COVID-19, disponível em <https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_annex_en.pdf>.

45 [...]The use of such mobile applications should be voluntary for individuals, based on users' consent and fully respecting European privacy and personal data protection rules. When using tracing apps, users should remain in control of their data. National health authorities should be involved in the design of the system. Tracing close proximity between mobile devices should be allowed only on an anonymous and aggregated basis, without any tracking of citizens, and names of possibly infected persons should not be disclosed to other users. Mobile tracing and warning applications should be subject to demanding transparency requirements, be deactivated as soon as the COVID-19 crisis is over and any remaining data erased. Disponível em <https://ec.europa.eu/jrc/communities/sites/default/files/communication_-_a_european_roadmap_to_lifting_coronavirus_containment_measures_0.pdf>.

load da *app*), a qual permite aos utilizadores interessados descobrir casos de contacto próximo com infectados por COVID-19 e que utilizará apenas a tecnologia Bluetooth [...].”⁴⁶

Dessarte, Morley et al. (2020) enumeram quatro os princípios mínimos para o rastreamento ético: *i*) necessário; *ii*) proporcional; *iii*) cientificamente válido e *iv*) prazo determinado. Nesse sentido, complementa Junquilha (2020) que é de suma importância a utilização de tecnologias que garantam não identificação (anonimização) dos usuários, como um perfil com ID (identificação) randômica, que mude constantemente para garantir a privacidade, bem como que os dados pessoais tratados cumpram apenas a finalidade de combate à Covid-19 no período pandêmico⁴⁷.

Nesse contexto é forçoso reconhecer que a tecnologia de rastreio de contágio por *Bluetooth Low Energy* (BLE) demonstra-se mais consentânea com o quadro principiológico e regulatório europeu e brasileiro, haja vista que: *i*) o uso da tecnologia BLE permite maior (pseudo)anonimização, vez que não há troca de nomes, números ou identidade do usuário, apenas das “chaves” aleatórias; *ii*) o uso é cunho voluntário e consentido; *iii*) a precisão do Bluetooth é maior que a do GPS, bem como não há o monitoramento do itinerário do usuário e *iv*) a utilização de criptografia AES garante maior segurança e privacidade no conteúdo dos dados que estão armazenados.

Entretanto, como já apontado anteriormente, o sistema não é imune ao acúmulo inigualável de dados pessoais sensíveis dos usuários- potencialmente utilizáveis com grande cunho discriminatório- pelas duas das maiores empresas de tecnologias do mundo, que podem ser objeto de *hackeamento*, vigilância ou tratamento fora dos limites do consentimento.

Lado outro, no que tange à relação entre usuários e Poderes Públicos, que podem ser eventualmente realizadas para o uso de *contact tracing*, aponte-se que deve existir re-

46 EGÍDIO, Mariana Melo. Protecção de dados em tempos de COVID-19 – breves reflexões. e-Pública. Lisboa, Vol. 7, n.º1 (Abr. 2020), 2020. p.247.

47 Morley, J., Cows, J., TaddUeo, M., & Floridi, L. (2020). Ethical guidelines for Covid-19 tracing apps. *Nature Machine Intelligence*, 582, 29–31apud JUNQUILHO, Tainá Aguiar. Prós e contras do contac tracing, ou monitoramento epidêmico. In: Revista do Consultor Jurídico, 15 de julho de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jun-15/taina-junquilha-pros-contras-contact-tracing#_ftn3>. Acessado em 17, de jun. 2.021.

forçada incidência dos princípios da *Transparência Ativa* e da *Preferência por Códigos Abertos*, que impõem, respectivamente, a necessidade de que o tratamento seja feito com a máxima transparência, assim como seja facultado acesso a detalhes técnicos e processos decisórios.

Ao respeitar os princípios em voga, a indevida ingerência aos direitos da privacidade de dados é bastante reduzida, o que não exclui, obviamente, a possibilidade de haver situações violadoras, haja vista que perante o estado da técnica atual nenhuma informação é 100% segura na internet.

À evidência, trata-se de situação onde não se escapa à temática de restrição aos direitos fundamentais e à ponderação de valores, especialmente através do princípio da proporcionalidade, pois exercem função primordial na verificação de conformidade destas novas tecnologias ao ordenamento jurídico-constitucional.

Ensina-nos Mendes (2017) que para se efetuar restrições aos direitos fundamentais é pressuposto lógico identificar o âmbito de proteção do direito: “[...] o exame das restrições aos direitos fundamentais pressupõe a identificação do *âmbito de proteção* do direito, vez que esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito específico, determinado procedimento”⁴⁸.

Por conseguinte, é cediço que existe *a priori* uma colisão entre o direito à saúde pública em contraposição à liberdade e à privacidade do cidadão. Porém, através da aferição de proporcionalidade podemos identificar se existe razoabilidade nas restrições impingidas de um direito ao outro.

Quanto a proporcionalidade, ensina-nos Novais (2019, p.250) que a o princípio em voga deve verificar os sacrifícios e benefícios quando do choque entre dois direitos: “Neste controle de proporcionalidade, aquilo que se avalia, que se compara ou que se põe em relação, são os sacrifícios (custos) impostos ao direito fundamental contraposto aos benefícios (vantagens) produzidos na obtenção do fim visando com a restrição”⁴⁹.

48 MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2017. p. 174

49 NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional. AAFDL: Lisboa, 2017 reimpressão 2019, p. 250.

Desta forma, num teste de proporcionalidade aplicado ao uso de “Contact Tracing Apps” com tecnologia *Bluetooth*, notadamente *Low Energy* (BLE), percebe-se que existe adequação do meio utilizado ao o fim perseguido, ou seja, a utilização de rastreamento de contágio para contenção de pandemias é prática já consagrada, conforme adrede exposto, e sua “versão 4.0” traduz-se no uso de aplicativos para esse fim.

Destarte, utilizando-se as tecnologias que são concebidas com foco na privacidade do usuário, desde a criação (*Privacy by Design*), o que nos parece ser o caso da tecnologia *Bluetooth Low Energy* (BLE) e, por ser o rastreamento de contágio instrumento de combate a pandemias, podemos concluir que o meio é necessário e menos restritivo à privacidade do que outras tecnologias aqui analisadas, consagrando o binômio necessidade/exigibilidade, sem olvidar que existe espaço para evoluções no sentido de garantir a privacidade do utilizador.

Por fim, a proporcionalidade *stricto sensu* impõe que o grau de restrição a um direito fundamental deve ser justificado pelo grau de promoção a um direito contraposto (NOVAIS, 2019), razão pela qual, havendo comprometimento na privacidade do usuário, através da observância das diretrizes, recomendações e legislações apontadas, conseqüentemente haverá a proporcionalidade estrita no uso da ferramenta de *contact tracing apps* ao objetivo de conter o avanço da pandemia de COVID-19 pois, ainda que haja algum sacrifício do direito à privacidade, dentre todas as possibilidades tecnológicas examinadas, a BLE é a que menos se mostrou restritiva.

Entretanto, todos devem ficar atentos e vigilantes, exigindo a observância e conformidade – por parte do Estado e das demais empresas de Tecnologia que lidam com dados pessoais, como *accountability* e *compliance* - pilares das boas práticas de governança -, pois a sociedade e economia de vigilância deve ser conformada pelo Estado de Direito e não o contrário.

5. Conclusão

Conforme explicitado pelo texto, vivemos a era da Sociedade da Informação e do *Capitalismo da Vigilância*, iniciado pelos Estados e depois encampado pelas *big techs*, os quais têm fixação pela obtenção de dados pessoais, para ser-

vir como insumo aos seus objetivos de oferta de produtos e serviços mais preditivos e personalizados, ainda que para isso haja violação de direitos fundamentais das pessoas, notadamente os ligados à privacidade.

Neste contexto, a pandemia de COVID-19 que solapa o mundo desde 2020, deve valer-se da tecnologia como aliada ao combate do vírus, encontrando nos aplicativos de rastreamento de contágio uma das ferramentas mais promissoras e eficazes. Porém, tais aplicações necessitam de dados pessoais sensíveis para funcionar e, assentados em um Estado de Direito, deve haver estrita observância e respeito aos direitos dos usuários, no que tange ao tratamento dos dados pessoais e a privacidade.

Exemplo emblemático de vigilância exercida pelo governo brasileiro foi a edição MP 954/2020, declarada inconstitucional liminarmente, onde se pretendia o compartilhamento de dados pessoais do cidadão entre empresas de telefonia e o IBGE, visando a *produção de estatística oficial* durante a pandemia de COVID-19, submetendo o brasileiro à uma recolha e tratamento de dados pessoais sem delimitar precisamente o objeto da estatística a ser produzida, a finalidade específica ou a sua amplitude.

Já em relação aos *apps*, algumas tecnologias foram analisadas neste trabalho, especificamente as de GPS, *Bluetooth* e *Bluetooth Low Energy* (BLE), sendo estas últimas as que mais têm mecanismos protetores contra a violação dos direitos à proteção de dados pessoais do usuário e privacidade, sendo menos invasiva ao direito protegido e alcançando o objetivo de combater o COVID-19, representando, portanto, uma opção proporcional como política de saúde. Porém, ainda não se pode falar que garante na totalidade a privacidade do usuário.

Outrossim, advoga-se neste estudo o recurso ao princípio da proporcionalidade para dirimir eventuais embates entre direito à saúde pública de um lado e privacidade e proteção de dados de outro, verificando-se os sacrifícios impostos e os benefícios gerados na obtenção do fim desejado, atestando-se ou não a compatibilidade jurídico-constitucional dos aplicativos de rastreamento de contágio como medida de combate à pandemia.

6. Referência:

AZAD, Muhammad. Et al., *A First Look at Contact Tracing Apps*. 2020. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/342436014_A_First_Look_at_Contact_Tracing_Apps>. Acesso em: 25, jan. de 2021.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento* – e. ed. – [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BIONI, Bruno; ZANATTA, Rafael; MONTEIRO, Renato; RIELLI, Mariana. *Privacidade e pandemia: recomendações para o uso legítimo de dados no combate à COVID-19. Conciliando o combate à COVID-19 com o uso legítimo de dados pessoais e o respeito aos direitos fundamentais*. São Paulo: Data Privacy Brasil, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25, jan., 2021.

BRASIL. Lei n. 13.079, de 14 de agosto de 2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)*. *Diário Oficial da União*, 15, ago. 2018.

CHEN, H., Yang, B. O., PEI, H., & LIU, J. (2019). Next Generation Technology for Epidemic Prevention and Control: Data-Driven Contact Tracking. IEEE.

DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

EGÍDIO, Mariana Melo. *Proteção de dados em tempos de COVID-19 – breves reflexões*. e-Pública. Lisboa, Vol. 7, n1 (Abr. 2020), 2020.

GREENWALD, Glenn. *Sem lugar para se esconder Edward Snowden, a NSA e a espionagem do governo americano*. Rio de Janeiro: Sextante Tradução de Fernanda Abreu, 2014

JUNQUILHO, Tainá Aguiar. *Prós e contras do contact tracing, ou monitoramento epidêmico*. In: Revista do Consultor Jurídico, 15 de julho de 2020.

KELLER, Clara Iglesias; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Data protection in times of Covid-19: the risks for surveillance in Brazil*. *Internet Policy Review*, 01 abr. 2020. Disponível em: <<https://policyreview.info/articles/news/data-protection-times-covid-19-risks-surveillance-brazil/1462>>. Acesso em 17, jan., 2021.

LONG, Clarissa; *Privacy and Pandemics* In PISTOR, Katharina. Law in the time of COVID-19. Columbia Law School Books, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, Proteção de Dados e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. AAFDL: Lisboa, 2017 reimpressão 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. Regulamento (UE) 2016/679 de 27 abril de 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>>. Acesso em: 22, jan., 2021.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). *World Health Organization. Contact Tracing in the context of COVID-19 (Interim Guidance) 2020: WHO*, 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/publications/i/item/contact-tracing-in-the-context-of-covid-19>>. Acesso em: 17, jan., 2021.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância – A disputa por Um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder*. Traduzido por Luís Filipe Silva e Miguel Serras Pereira, Lisboa: Relógio D'Água, 2020.



HOMENAGEM IN MEMORIAM DO PROFESSOR DOUTOR ZENO VELOSO¹

Cláudio Cardona²

Quando morre um professor, apaga-se a fonte de uma luz obstinada, cuja insistente finalidade é exatamente iluminar a estrada pela qual estudantes, pesquisadores e outros professores insistem em trilhar; essa trilha aberta com as próprias mãos e que, neste momento, devem ser mais aplicadas em seu propósito, porque veem com menos clareza, enxergam com dificuldade, e distinguem com o esforço dos olhos que se assombram com a escuridão repentina. A resistência de nossas retinas nos fará enxergar as veredas desta senda, mais agreste que outrora.

O Professor Zeno Veloso nos deixou. Como resistir ao baque seco de uma perda que, não obstante as lições do professor sobre a justiça, não conseguimos aceitar como justa? A vida é tal como é e, como não poderia deixar de ser, chega ao seu termo. Mas entre as condições esperadas para tal efeito não era previsível nesta convenção que fizemos com a vida perder tantos e tantos e tantos por esta doença e quantos mais precisaremos perder para entendermos que não podemos perder mais ninguém.

Aos seus 75 anos, era um idoso. Diria um certo argentino: “os idosos são a memória e a sabedoria dos povos”. Entendamos neste momento que a morte dos anciões das al-

¹ Assembleia Geral do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa de 20 de março de 2021.

² Mestrando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Especialista pós-graduado em Processo Civil Contemporâneo e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Conselheiro Académico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Presidente da Assembleia do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente do Núcleo Académico de Lisboa do IBD FAM. Sócio do escritório Cardona&Wanderley Advogados Associados. Advogado e consultor jurídico. Foi Conselheiro Pedagógico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre 2019 e 2021, Diretor e Presidente do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa entre 2018 e 2020, Vice-Presidente do Núcleo de História do Direito também da FDUL entre 2020 e 2021.

deias indígenas põe termo a povos inteiros. Entendamos que neste momento um ancião de nossa aldeia nos foi tirado e que já não compartilharemos de seu conhecimento ancestral, seu humor único e perspicaz, sua elegância no gesto e na fala, suas lições de civilista e constitucionalista.

Na resistência de nossa memória, algumas histórias reticentes de partir ainda permanecerão conosco; mas algumas não são todas, algumas sequer são muitas. Eu mesmo vou lembrar do Professor Zeno almoçando conosco antes de memorável discussão que travou na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Antes daquela tarde que fez brotar a curiosidade em uma centena de alunos para temas nem sempre tão previsíveis, o Zeno nos brindou com diversas histórias da tramitação do Código Civil e, no final, virou para mim e disse: “Cardona, é conversando que a gente se entende”.

Precisamos desse entendimento mais do que nunca. A vida do Professor Zeno é uma ode ao diálogo. Foi deputado estadual e secretário de justiça. Foi professor e jurista. Não houve uma lei que lhe interessasse que não tivesse passado pelo seu crivo exigente e pela perspicácia de sua inteligência.

À família e aos amigos, a lembrança do afeto. Aos alunos e colegas, a sabedoria de seus escritos e estudos. Ao povo, a resistência de sua obra. Ao tempo, a memória de sua vida.

ZENO VELOSO ERA JURISTA

Caio Brilhante Gomes¹

Recebi o gentil convite do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro para escrever na notável revista jurídica *Jus Scriptum*, em homenagem ao jurista Zeno Augusto Bastos Veloso, também conhecido por “Mestre Zeno” ou simplesmente “Zeno”.

Considerando o título, começo este texto questionando: o que caracteriza um jurista?

No dicionário encontra-se como simplesmente alguém especialista em direito, fora do dicionário diz-se de alguém que, efetivamente, estuda, analisa, comenta e ensina o Direito e as leis, repassando seus conhecimentos através de livros jurídicos.

Utiliza-se aqui este termo como referência a um verdadeiro perito em direito, um jurisconsulto, que assim como no direito romano possuiu a mais profunda importância para o desenvolvimento da ciência jurídica e alcançou um altíssimo nível de avanço teórico, reconhecido com distinção pela comunidade jurídica brasileira, portuguesa e internacional.

O Zeno foi jurista, e assim assinava em suas colunas semanais em jornal de grande circulação do estado do Pará, contrastando com quem diz que alguém não se intitula jurista, mas é reconhecido assim, Zeno de fato o era, e não há quem negue.

Além disso foi professor, escritor, notário, deputado estadual, secretário de Justiça do Pará, um dos fundadores do

¹ Mestrando em Direito e Ciência Jurídica, Ciências Jurídico-Ambientais, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Pós-Graduado em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Pará; Secretário de Meio Ambiente do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Membro da Comissão Permanente de Meio Ambiente da OAB/PA; Advogado e Professor de Direito na Universidade da Amazônia. Endereço eletrônico: caio-brilhante@hotmail.com.

Instituto Brasileiro de Direito da Família (IBDFam), também tendo participado da elaboração das constituições estaduais do Pará e do Amapá, ter sido relator-geral da Assembleia Constituinte do Pará, assessor da 2ª vice-presidência da Assembleia Nacional Constituinte e tendo integrado a comissão de juristas que assessorou o relator do projeto do Código Civil de 2002 na Câmara dos Deputados.

Mas não é sobre o extenso currículo deste jurista inigualável que vamos tratar aqui, mas sim de suas qualidades e contribuições, em nossa visão, para o direito, buscando mostrar um pouco para os que lerem o presente texto, notadamente os jovens, quem foi esse esplêndido ser humano.

Falando sobre o amigo Zeno, o mesmo costumava ligar para os seus, não muito familiarizado com as tecnologias, que mostram de pronto quem está a ligar, fazia questão de dizer “Oi, é o Zeno!” e o seu interlocutor já sabia quem era mas, sem dúvidas, ficava alegre de ouvir essa conhecida frase, e a partir daí iniciava uma conversa única com cada um, que poderia regozijar-se com seu conhecimento.

Em cada conversa com Zeno ele gostava de saber qual o ponto de vista de seus colegas sobre determinado assunto, fazendo perguntas que muitas vezes já tinha estudado extensivamente, mas que queria ouvir outros pontos de vista, atestando traços de alguém extremamente sábio.

Zeno tinha uma oratória invejável, aprimorada durante seus tempos de tribuno enquanto deputado, sendo referido como um dos melhores tribunos que a Assembleia Legislativa do Estado do Pará já teve, e uma capacidade de dialogar sobre questões de direito local, comparado, global, e de diversos ramos desta ciência, não obstante ter se consagrado como um dos maiores civilistas brasileiros².

Era um jurista tão versátil que escreveu diversos livros sobre Direito de Família, Direito Sucessório, Teoria do Direito, Direito Constitucional, História do Direito, dentre os quais citamos: “Controle jurisdicional de constitucionalidade”³, “Imunidades parlamentares”⁴, “Invalidade do negócio

2 Como ressaltou o Ministro Gilmar Mendes em seu twitter lamentando a morte de Zeno, a quem chamou de “gigante”.

3 VELOSO, Zeno. Controle jurisdicional de constitucionalidade. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

4 VELOSO, Zeno. Imunidades parlamentares. Belém: Cejup, 1980.

jurídico: nulidade e anulabilidade”⁵, “Condição, termo e encargo”⁶, “Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil”⁷.

Cada palestra ou aula que se podia assistir do Zeno era uma oportunidade singular, e aqui se lembra o que o mesmo sempre ressaltava em suas obras, sobre a importância da afetividade, sendo ele um verdadeiro pioneiro ao defender tais pontos na redação do Código Civil, inclusive cunhando a expressão do “namoro qualificado”⁸.

Mas não apenas na lei civil Zeno expunha a importância deste sentimento que passa a ter significado jurídico, em sua obra de “Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1.º a 6.º. 2”⁹, o jurista já menciona a importância de uma leitura progressiva dos preceitos, a partir da proibição de excessos, necessidade de garantia da dignidade das pessoas humanas e de razoabilidade e proporcionalidade nas decisões¹⁰.

Zeno defendia que o direito não era algo rígido, que se distancia da verificação das circunstâncias e da evolução social, mas que pelo contrário, deveria seguir tais ideias conforme os anseios da sociedade na busca de normas mais adequadas, e, ao fim e ao cabo, justas.

Isso tudo pode nos fazer questionar: qual o verdadeiro significado de ser um jurista? Indagação a qual respondo que é, além de realizar as contribuições para o direito, supra referidas, incentivar os mais jovens, buscar o aprendizado constante, ter humildade acadêmica e intelectual e contribuir para o aprimoramento da sociedade.

Há quem diga que Zeno era do mundo, eu aqui ousou discordar, dizendo que Zeno era do Pará, pois era algo que o mesmo fazia questão de ressaltar em todas as suas palestras, tendo imenso orgulho de suas origens, nascido e criado na cidade de Belém e levando orgulho para os seus conterrâ-

5 VELOSO, Zeno. Invalidez do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

6 VELOSO, Zeno. Condição, termo e encargo. São Paulo: Malheiros, 1997.

7 VELOSO, Zeno. Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1.º a 6.º. 2. ed. Belém: Unama, 2006.

8 Zeno também foi citado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro no julgado que reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790, CC, determinando a inclusão do companheiro ao lado do cônjuge, no artigo 1.829, CC.

9 VELOSO, Zeno. Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil – arts. 1.º a 6.º. 2. ed. Belém: Unama, 2006.

10 Idem. P. 85.

neos que hoje podem dizer: eu sou da terra de Zeno Veloso.

Não obstante, Zeno cativou todos os que com ele conviveram, encantou o mundo jurídico, principalmente por sua imensa generosidade e simplicidade, tratando Ministros de Estado e estudantes de direito da mesma forma, sendo possível afirmar que cada um tem um Zeno diferente guardado em si, e por isso não há lembrança melhor do que afirmar que Zeno tinha mais almas que uma¹¹.

No dia 18 de março de 2021 o Brasil perdeu um gigante, mas os ensinamentos de Zeno persistem, e cabe a nós, seus eternos amigos e alunos, a propagação dos mesmos, para que possamos caminhar cada vez mais em prol de uma sociedade igualitária e fraterna seguindo as lições de Zeno Veloso, que era jurista.

Bem haja, eterno mestre Zeno.

¹¹ Como o próprio fez em sua coluna semanal do jornal O Liberal, de abril de 2019, parafraseando Ricardo Reis (Heterônimo de Fernando Pessoa).

ZENO VELOSO ENTRE “AQUELES QUE SE VÃO DA LEI MORTE LIBERTANDO”

Eduardo Vera-Cruz Pinto

No dia 18 de Março telefonou-me o Raimundo Neto e deu-me a notícia da Morte do Zeno. Já sabia que estava internado com COVID-19, mas sempre esperei pela notícia que tinha vencido o vírus. Era isso que o Zeno fazia: vencer batalhas; superar dificuldades. Infelizmente um vírus covarde privou-nos da sua companhia, do seu humor, da sua sabedoria de vida, da sua competência jurídica, da sua amizade.

Nestas ocasiões os colegas escrevem sobre o jurista, o professor, o autor, a obra, os contributos relevantes para a ciência jurídica, etc.. Eu vou apenas escrever sobre um amigo que perdi. Um amigo brasileiro que se orgulhava de ser paraense, brasileiro e falante da Língua Portuguesa, mas que amava Portugal e a sua Universidade, visitava-nos sempre que podia, deixava o melhor de si em cada conversa e não perdia ocasião para contar uma história – aquelas que compunham a sua própria História pessoal.

Agradeço ao Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro (NELB) da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que tive a honra de acompanhar na sua Fundação juntamente com o Professor Jorge Miranda – a oportunidade de escrever estas breves linhas de um sentido depoimento pessoal sobre o Zeno.

Conheci Zeno Augusto Bastos Veloso em Belém do Pará através do André Meira, seu amigo, companheiro de viagens e excursões e seu discípulo, já vai mais de uma década. Desde aí nunca mais perdi o Zeno de vista.

Em almoços e jantares de amigos, em Lisboa, Belém do Pará, São Paulo, Roma, Paris, Brasília.... Não interessava o lugar, mas a companhia. A sua simpatia contagiante, a sua disponibilidade permanente, as suas histórias encantadoras, a sua itinerância compulsiva, a seu jeito de ser brasileiro, a

sua mestria no uso da Língua Portuguesa, a sua curiosidade de matriz lusitana, a sua entrega à vida toda por toda a vida eram marcas de um carácter moldado no exercício da docência, do notariado, do jornalismo.

A História de Zeno Veloso confunde-se e entrelaça-se com a história contemporânea do direito brasileiro, sobretudo do Direito Civil e neste do Direito da Família e das Sucessões. Mas o jurista Zeno não obedecia a fronteiras disciplinares. Movimentava-se pelo Jurídico com desenvoltura e competência. Conhecia a História do Direito Brasileiro, a História do Estado do Pará, a História de Portugal e do seu Império, do Brasil e da Europa como poucos. Pontuava na crítica literária e estava atualizado nas suas leituras. O Zeno era “um caso sério”.

No Instituto de Direito Brasileiro, na Academia Paraense de Letras Jurídicas, no Instituto dos Advogados do Brasil, no IBDFAM, no Liberal, nas Faculdades de Direito em que nos cruzamos, nos Seminários internacionais em que participámos, na casa de amigos comuns, ouvindo o Raimundo Neto a tocar o violão na casa do Prof. Clóvis Malcher - a companhia de Zeno Veloso era um privilégio e uma diversão.

Todos gostavam do Zeno, ninguém falava dele sem ser de forma positiva e entusiasta. Tinha amigos improváveis, diferentes e espalhados pelas ideias e pelas geografias. A amizade era o alimento do Zeno e ter notícias dele era a garantia de que “tudo está no seu lugar”. As últimas notícias das itineirâncias do Zeno foram-me dadas pelo amigo Simão, Professor da PUC-SP, no “bar do Pedro” (que o Zeno visitava religiosamente quando vinha à nossa Faculdade integrando-se nas tertúlias que aí ocorriam).

O Zeno era irreverente no discurso e até em alguns comportamentos, era inquieto no pensamento e intermitente na ação, era terno no olhar e meigo no relacionar, era eloquente no verbo e inflamado na pena. O Zeno, sendo perito nas matérias específicas que mais estudava, era também um especialista em generalidades. Era enciclopédico e iconoclasta e era uma expressão atual dos antigos jurisconsultos que cultivava o Direito para dar solução justa às injustiças que a sua sensibilidade reconhecia.

A Política encantava-o e a Justiça Social pela criação de normas legais transformadoras das inércias sociais e dos pri-

vilégios acumulados em poucos à custa de muitos era um das suas preocupações constantes. Quando o levei no meu carro à Fundação Mário Soares onde se ia encontrar com um dos fundadores da Democracia Portuguesa parecia uma criança ensaiando o que “ia dizer ao Soares”. Muitas foram também as horas que gastamos falando de Política e de Literatura enquanto esperávamos que nos servissem o almoço num dos muitos restaurantes por onde deambulávamos na companhia de amigos de sempre e de ocasião.

O Zeno partilhava com o André Meira do gosto em comer “um bom bacalhau”, em todas as imensas variedades em que é servido em Lisboa. Um vinho alentejano (por vezes do Douro) animava a conversa até altas horas. A nova gastronomia lusitana e o requinte dos pratos nos paladares suscitados por composições culinárias apresentadas com simplicidade na pluralidade de influências que estão no Ser Português eram desenvolvidas com fina erudição e muita criatividade pelo Zeno.

Particpei com a Professora Mariana Chaves numa Homenagem do Instituto Sílvio Meira, por iniciativa do André Meira, onde pude lembrar algumas situações por que passamos juntos que revelam bem a sua Humanidade. A atenção que dedicava aos seus amigos aqui em Lisboa e o carinho com que estes o tratavam eram também a prova de uma complicity sem a qual as amizades não se sedimentam (como então testemunhou o Raimundo Neto). O Zeno acrescentava-nos.

Continuamos a lutar contra um vírus que nos destruiu convicções, alterou quotidianos, abalou ideias comumente aceites e colocou a dúvida e a incerteza onde pensávamos estarem lugares seguros da nossa civilidade na Era Global Digital. O Zeno não conseguiu vencer o vírus e ficar vivo, na nossa convivência. Foi uma vitória de Pirro do Covid-19. Pessoas como o Zeno, não morrem, apenas se ausentam, ficando por aí na nossa forma de viver e de estar. Nem é memória é convívio puro.

Como poetizou, no *Poema do Contra*, o gaúcho Mário Quintano, que Zeno tanto citava: “Todos esses que aí estão/atravancando meu caminho/Eles passarão/Eu passarinho”. Zeno *passarinha* pelos lugares onde viveu e conviveu. Voa por cima da pequenez dos que se julgam grandes. Todos os passarinhos das praças, ruas e vielas da *Cidade* de todas as

idades onde se sentia cidadão e cidadão são Zeno Veloso. Estou na Praça Camões, no Chiado, e vejo o Zeno, pousado no parapeito do prédio pombalino, contemplando o poeta maior.

Volto a Luís de Camões, que o amigo Zeno conhecia e admirava, para lembrar os célebres versos do Canto I, estâncias 1/3: “aqueles que por obras valerosas se vão da lei da morte libertando”. Não se esquecem aqueles que vivem assim, porque são dignos de ser recordados pela coragem de viver como se não houvesse amanhã, com a sensibilidade de ser único para ser igual. Era assim o meu amigo Zeno Veloso.