

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca Nacional
de Portugal

Recebido em: 01/01/2024

Aprovado em: 20/05/2024



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 1, Número 1, Ano 4 - 2024

www.revistaibericadodireito.pt



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

ISSN 2184-7487 Vol. 4 | Número 1 | Jan/Jun | 2024



REVISTA IBÉRICA
DO DIREITO

BASES DE DADOS E INDEXADORES



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO – RID

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos - IBEROJUR

Vol. 4 | Número 1 | Jan/Jun | 2024

Porto, Portugal

Editor-Chefe: Fábio da Silva Veiga

Editora Adjunta: Raiany Cora Lucas Adão Ita

Semestral | Versão Digital

Projeto Gráfico e Editoração: Iberojur Gestão Universitária.

Disponível em: www.revistaibericadodireito.pt

ISSN 2184-7487

Registada na Biblioteca Nacional de Portugal: CDU: 34(051)(0.034)

A Revista Ibérica do Direito adota a **licença Creative Commons atribuição-não comercial 4.0 Internacional**, exceto onde estiver expresso de outro modo, permitindo-se cópias e reproduções, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais e com identificação de sua fonte.



CORRESPONDÊNCIA

Rua de Avilhô, 214, Custóias, Matosinhos - Portugal

Código Postal: 4460-282

E-mail: editorial@iberojur.com.



EQUIPA EDITORIAL

EDITOR CHEFE

Prof. Doutor Fábio da Silva Veiga, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

EDITORA ADJUNTA

Raiany Cora Lucas Adão Ita, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Doutor António Francisco de Sousa, Universidade do Porto, Portugal

Prof. Doutor Antonio Tirso Ester Sánchez, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Prof. Doutor Augusto Jobim do Amaral, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Catherine Maia, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor José Julio Fernández Rodríguez, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Doutor Lorenzo Vadell Bujosa, Universidad de Salamanca, Espanha

Prof. Doutor Marcos Augusto Perez, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Pedro Curvello Saavedra Avzaradel, Universidade Federal Fluminense, Brasil

Prof. Doutora Vânia Aieta, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

CONSELHO CIENTÍFICO

Prof. Doutora Adriana Valéria Pugliesi, Fundação Getúlio Vargas FGV-São Paulo, Brasil

Prof. Doutor António-Carlos Pereira Menaut, Universidade de Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Doutor Angelo Viglianisi Ferraro, Università degli Studi di Reggio Calabria, Itália

Prof. Doutora Beata Stepien Zalučka, University of Rzeszów (Poland), Polónia

Prof. Doutora Bruna Capparelli, Alma Mater Università di Bologna, Itália

Prof. Doutor Cildo Giolo Júnior, Faculdade de Direito de Franca, Brasil

Prof. Doutora Denise Fincato, PUCRS, Brasil

Prof. Doutora Dora Alves, Universidade Portucalense, Portugal

Prof. Doutor Fernando de Brito Alves, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil

Prof. Doutor Flávio Martins Alves Nunes Júnior, Faculdade Damásio, Brasil

Prof. Doutor Floriano de Azevedo Marques Neto, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Francesca Benatti, Università di Padova, Itália

Prof. Doutor Francisco Satiro, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutor Gabriel Martín Rodríguez, Universidad Rey Juan Carlos, Espanha

Prof. Doutor Gianpaolo Poggio Smanio, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Prof. Doutor Gilberto Atencio Valladares, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Espanha

Prof. Doutora Irene Patrícia Nohara, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

Prof. Doutor João Proença Xavier, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Portugal

Prof. Doutor José Sérgio Saraiva, Faculdade de Direito de Franca, Brasil

Prof. Doutora Loyana Christian de Lima Tomaz, Universidade do Estado de Minas Gerais, Brasil

Prof. Doutor Moacir Henrique Júnior, Universidade do Estado de Minas Gerais, Brasil

Prof. Doutor Marco Aurélio Gumieri Valério, Universidade de São Paulo, Brasil

Prof. Doutora Maria do Rosário Anjos, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Prof. Doutor Mario Spangenberg, Universidad Católica del Uruguay, Uruguai

Prof. Doutor Pablo Martins Bernardi Coelho, Universidade do Estado de Minas Gerais, Brasil

Prof. Doutor Pablo Fernández Carballo-Calero, Universidade de Vigo, Espanha
Prof. Doutora Patrícia Anjos Azevedo, Instituto Politécnico do Porto, Portugal
Prof. Doutor Paulo de Brito, Universidade Lusófona do Porto, Portugal
Prof. Doutor Rodrigo Poyanco Bugueño, Universidad Finis Terrae, Chile
Prof. Doutor Rodrigo de Souza Pagani, Universidade de São Paulo, Brasil
Prof. Doutor Salvador Tomás Tomás, Universidad de Murcia, Espanha
Prof. Doutor Samuel Rodríguez Ferrández, Universidad de Murcia, Espanha
Prof. Doutora Sheila Neder Cerezetti, Universidade de São Paulo, Brasil
Prof. Doutor Vicenç Ribas Ferrer, Universidad de Alcalá, Espanha
Prof. Doutor Wagner Menezes, Universidade de São Paulo, Brasil
Prof. Doutor Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil
Prof. Doutora Zélia Luíza Pierdoná, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil

ÍNDICE

O DIREITO DE TRABALHAR EM CONDIÇÕES JUSTAS VERSUS TRABALHO ESCRAVO NO SÉCULO XXI.....	7
<i>Ariella Cristina Gonçalves</i>	
APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL.....	24
<i>Brenno Henrique de Oliveira Ribas</i> <i>Evelly Silva de Moura</i>	
A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: REFLEXÕES SOBRE A RESPOSTA DA LEI PENAL PORTUGUESA	43
<i>Diana Simas</i> <i>Alexandra Reis</i> <i>Patrícia Barros</i>	
ALGUMAS QUESTÕES CONCERNENTES AO SIGILO BANCÁRIO NAS INFRAÇÕES ECONÓMICAS.....	69
<i>Jorge F. Abrão de Almeida</i>	
A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE ÀS INTERVENÇÕES GENÉTICAS SOBRE O EMBRIÃO	91
<i>Lígia Carvalho Abreu</i> <i>Bárbara Carneiro</i>	
A EVOLUÇÃO DA IMPRENSA FEMININA BRASILEIRA: A INSERÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA NA ESCRITA E NA MÍDIA DIGITAL	106
<i>Mayara Lopes da Costa</i> <i>Mateus Catalani Pirani</i>	
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS.....	125
<i>Mayra Figueiredo Frison</i>	
SUCESIÓN Y DERECHO DESDE LA ANTIGUA ROMA HASTA LA ACTUALIDAD: COLLATIONES	137
<i>María Elisabet Barreiro Morales</i>	
DIREITOS DA PERSONALIDADE POST MORTEM: UMA REFLEXÃO PARA ALÉM DA VIDA.....	161
<i>Zulmar Fachin</i> <i>Natália Jorge Almeida Oliveira Gomes</i>	

O DIREITO DE TRABALHAR EM CONDIÇÕES JUSTAS VERSUS TRABALHO ESCRAVO NO SÉCULO XXI

The right to work under fair conditions versus slave labor in the 21st century

Ariella Cristina Gonçalves¹

Faculdade Autônoma de Direito – FADISP

E-mail: ariellagoncalves@yahoo.com

RESUMO: O presente artigo realizará estudo sobre a forma como o Direito do Trabalho realiza a tutela em relação ao trabalho escravo, avaliando a legislação vigente e a forma como tal legislação trabalha conjuntamente com outras áreas, como o Direito Penal e o Direito Internacional, além da cooperação internacional, na qual vários países já debateram e seguem debatendo o tema. A pesquisa irá apontar se a legislação se mostra suficiente acerca do tema ou se há necessidade de implantação de novas medidas. Considerando que o trabalho escravo ainda é uma realidade social, estudar as formas de evitar que essa relação de trabalho desumana ocorra, ou, para casos nos quais já esteja instaurada, que seja extinta, é de grande importância, visto que não é possível seguir existindo em uma sociedade avançada relação de trabalho na qual uma das partes tenha seus direitos humanos e sua dignidade negados.

PALAVRAS-CHAVE: Relação trabalhista. Direito do Trabalho. Trabalho escravo. Trabalho em condições justas.

ABSTRACT: This paper aims to carry out a study on how Labor Law provides protection in relation to slave labor, evaluating the current legislation, and how such legislation works together with other areas, such as Criminal Law and International Law, in addition to international cooperation, in which several countries have already debated and continue to debate the topic. The research will point out if the legislation is sufficient on the subject, or if there is a need to implement new measures. Considering that slave labor is still a social reality, study ways to prevent this inhuman work relationship from occurring, or, for cases in which whether it is already in place, whether it is extinguished, is of great social relevance, since it is not possible to continue to exist in an advanced society, an employment relationship in which one of the parties is denied their human rights and dignity.

KEYWORDS: Labor relationship. Labor Law. Slavery. Work under fair conditions.

INTRODUÇÃO

A escravidão é uma forma de trabalho na qual o ser humano é tratado como mera propriedade, sendo vendido, comprado e trocado. O trabalhador submetido a esse regime não possui qualquer tipo de direito sobre si próprio e vive em condições subumanas, não havendo remuneração ou mesmo tratamento justos.

Atualmente não há de se falar em escravidão legalizada no mundo ou no Brasil, existindo várias legislações que já aboliram essa prática. Porém, sua existência ainda é uma realidade de forma ilegal, assolando pessoas humildes que veem seus direitos básicos negados.

O trabalho em condições análogas à escravidão é uma temática de grande importância, tendo em vista os reflexos e as consequências que a prática da submissão ao

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP – São Paulo. E-mail: ariellagoncalves@yahoo.com.

trabalho escravo acarreta toda a sociedade. Por este motivo, o presente artigo visa estudar esta relação trabalhista, demonstrando a quão danosa é sua existência, e a importância do Direito em sanar sua continuidade.

Inicialmente, o artigo irá abordar a relação do homem com o trabalho ao longo da história, demonstrando as várias etapas pela qual a humanidade passou em relação ao trabalho. Neste ponto, será mostrado como as relações trabalhistas ocorreram e avançaram, desde os tempos em que o trabalho era totalmente forçado, ao ponto no qual, apesar de não ser teoricamente forçado, não se falava em direitos dos trabalhadores, até o ponto em que tais direitos surgiram e avançaram.

A seguir, será realizado um estudo sobre como o trabalho escravo se mostra uma ofensa aos Direitos Humanos, visto que essa forma de trabalho fere a dignidade do trabalhador enquanto ser humano. Aqui se inicia a demonstração da importância do Direito do Trabalho, que visa proteger os direitos básicos do trabalhador.

No último tópico haverá aprofundamento do estudo desta importância do Direito do Trabalho, apontando as normas vigentes que protegem o trabalhador, principalmente em relação ao trabalho escravo. Aqui, há o questionamento acerca da eficácia de tais normas para que se evite a ocorrência do trabalho escravo e qual medida pode ser adotada nesse sentido.

O propósito principal desta pesquisa consistirá em observar de que maneira ocorre a garantia do direito ao trabalho justo nos dias atuais, bem como a forma pela qual esse direito é infringido em situações laborais análogas à escravidão. Será analisado como o Direito do Trabalho pode intervir para prevenir tais relações, inclusive por meio da colaboração com o Direito Internacional, mediante a cooperação internacional.

Os objetivos específicos irão trabalhar as relações trabalhistas de forma geral, para demonstrar o modo como o Direito do Trabalho rege essas relações, e, ainda, demonstrar que o Direito do Trabalho tem como função a promoção da dignidade humana, por meio da tutela dos Direitos Humanos fundamentais.

A presente pesquisa foi realizada por meio de uma revisão integrativa, um método fundamentado na coleta e comparação de dados disponíveis na literatura, com o propósito de reunir informações por meio de um estudo baseado em revisão bibliográfica do tema em questão. Para isso, adotou-se uma sistemática de levantamento de artigos e livros relacionados ao tema em estudo.

A revisão bibliográfica é a forma de realização de um estudo na qual se busca semelhanças e diferenças entre as publicações levantadas na bibliografia de referência. A

partir desta compilação de informações são reunidos conhecimentos a respeito da temática estudada, o que significa uma base adequada a um estudo significativo para o direito.

1. A RELAÇÃO TRABALHO VERSUS HOMEM NA HISTÓRIA

Para avaliar o nível de importância do Direito do Trabalho na proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, é necessário, em primeiro lugar, compreender a relação entre o ser humano e o trabalho ao longo da história. Além disso, é crucial entender a gravidade de uma relação trabalhista realizada em regime de escravidão.

Ao realizar este estudo é possível observar que o trabalho possuiu diferentes significados ao homem nos diferentes períodos históricos. A ligação do homem com o trabalho iniciou-se nos primórdios da humanidade, desde a formação de sua subjetividade. Ao longo da história, a humanidade tem experimentado uma variedade de condições de trabalho, que vão desde as mais abusivas até as mais justas.

A palavra “trabalho”, como a maioria das palavras, tem origens variadas dependendo do idioma a ser estudado. É o que explica Albornoz:

O grego tem uma palavra para fabricação e outra para esforço, oposto a ócio; por outro lado, também apresenta pena, que é próxima de fadiga. O latim distingue entre laborare, a ação de labor, e operare, o verbo que corresponde a opus, obra. Em francês, é possível reconhecer pelo menos a diferença entre travailler e ouvrier ou oeuvrer, sobrando ainda o conteúdo de tâche, tarefa. Assim também laborare e operare em italiano; e trabajar e obrar em espanhol. No inglês, salta aos olhos a distinção entre Labour e work, como no alemão, entre Arbeit e Werk. Work, como Werk, contém a ativa criação da obra, que está também em Schaffen, criar, enquanto em labour e Arbeit se acentuam os conteúdos de esforço e cansaço.

Já na língua portuguesa a palavra trabalho, tem origem do latim, Tripalium que era um instrumento feito de três paus aguçados, algumas vezes munidos de pontas de ferro, o qual os agricultores usavam para bater trigo, e espigas de milho, mas que também era utilizado como instrumento de tortura.²

A definição dada pela autora demonstra que o trabalho não apenas diz respeito à execução de uma atividade, mas também a seu planejamento e elaboração antes de seu desenvolvimento na prática. Além disso é possível notar que, não importando de fato a origem do termo, o trabalho, de certa forma, sempre foi considerado uma maneira de sofrimento, algo oposto ao lazer.

No início, o trabalho tinha unicamente a função de sustento próprio. As pessoas pescavam e caçavam, e o trabalho se resumia basicamente a essas funções, já que não havia

² ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 2017, p. 8-9.

construções ou trabalhos de natureza unicamente intelectual. Não havia intenção de lucro ou de acúmulo de riquezas, apenas de sobrevivência.³

O modo de trabalho seguinte foi o da escravidão, em que os povos que perdiam em combates eram obrigados a realizar trabalhos para os vencedores. Nesta época, o trabalho se torna ainda mais uma forma de punição aos olhos da sociedade. Sérgio Pinto Martins afirma que “a primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista”.⁴ Como se verá mais a frente, essa forma de trabalho forçado existe ainda atualmente, um fato contrário aos direitos fundamentais reconhecidos da humanidade.

Com a escravidão iniciou-se o acúmulo de bens, o que levou às trocas. O acúmulo de terras e de trabalhadores levou a um aumento da produção daquilo que era cultivado, de forma que as pessoas alimentavam a si, suas famílias e seus escravos, e sobrava produção. Assim, aquele que cultivava milho, utilizava o que sobrava para trocar pelas sobras daquele que cultivava trigo, por exemplo.⁵

Após a escravidão, iniciou-se a servidão. Na teoria, esta difere daquela pois os servos são homens livres, porém, na realidade, pouca diferença havia entre as duas, pois o servo acumulava dívidas com os donos das terras que nunca eram quitadas, e não poderiam partir até elas terminarem.

Alice Monteiro de Barros afirma sobre este período:

No período feudal, de economia predominantemente agrária, o trabalho era confiado ao servo da gleba, a quem se reconhecia a natureza de pessoa e não da invasão de suas terras pelo Estado e, posteriormente, pelos bárbaros, tiveram que recorrer aos senhores feudais em busca de proteção. Em contrapartida, os servos estavam obrigados a pesadas cargas de trabalho e poderiam ser maltratados ou encarcerados pelo senhor, que desfrutava até mesmo do chamado *jus primae noctis*, ou seja, direito à noite de núpcias com a serva da gleba que se casasse, ao contrário do que ocorria com os escravos. Não obstante a situação do servo, pelo menos no Baixo Império Romano, era muito próxima à dos escravos.⁶

Nessa época, mal se falava em direito dos trabalhadores, não havia preocupação com a saúde mental deles, sendo possível dizer que esse não era um tópico debatido. A saúde física apenas era considerada para manter os trabalhadores aptos a exercerem sua função pelo maior tempo possível.

³ ZIMMER, Nara Teresinha. **Psicopatologia do trabalho**: uma reflexão sobre o trabalho humano no que concerne ao processo de sofrimento ou adoecimento psíquico. 37 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Psicologia) – Faculdade de psicologia. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Santa Rosa, 2014.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 37.

⁵ ALBORNÓZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 2017.

⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 58.

Com o passar do tempo, as transações exclusivamente com outros habitantes locais gradualmente demonstram-se inadequadas, levando os cidadãos a procurar outras regiões para realizar trocas de produtos. Em resposta a essa demanda, começam a surgir as feiras, geralmente localizadas às margens dos rios. É o início da fase das chamadas corporações de ofício.

O trabalho deixou de ser visto meramente como castigo, pois não havia mais apenas a servidão, mas também formas de trabalho para os homens livres, e que poderiam trazer a liberdade aos submissos. Com essa nova visão, o trabalho foi atribuído à dignidade, ao valor como ser humano, ao engrandecimento.⁷

Não apenas o comércio se tornou um trabalho engrandecedor, pois os donos de terra não conseguiam mais arcar com a demanda de produção para que pudessem realizar as trocas meramente com os servos, de forma que começaram a empregar trabalhadores e, com isso, iniciando a hierarquia baseada no dinheiro, e os salários. O trabalho começou, então, a ter reconhecimento não apenas financeiro, mas também pela sociedade, principalmente aquele realizado pelos artesãos.⁸

Com o advento da invenção das máquinas, a produção teve um aumento grandioso, e o trabalho de natureza braçal perdeu força, já que além de aumentar a produção, as máquinas diminuem o custo.

Neste período, muitas pessoas saíram do campo e se agruparam nas regiões com fábricas, o que levou à criação das grandes cidades. Acerca desse momento, Martins afirma que “as corporações de ofício foram suprimidas com a Revolução Francesa, em 1789, pois foram consideradas incompatíveis com o ideal de liberdade do homem”.⁹

Um dos primeiros indícios de atenção dada aos direitos dos trabalhadores foi na França, no ano de 1776, com o “Edito de Turgot”, que colocava fim às corporações de ofício.

Nessas corporações, havia três níveis: mestre, companheiros e aprendizes. Os aprendizes ficavam sob a guarda do mestre (que poderia impor inclusive castigos físicos, se achasse necessário), que recebia taxas dos pais daqueles. O aprendiz poderia chegar a companheiro, após vários ensinamentos. Tornar-se mestre era mais difícil, pois o companheiro tinha que ser aprovado em exame de obra-mestra, prova com alto nível de

⁷ SANTOS, Lázaro Matter dos. **A caracterização do trabalhador autônomo no ordenamento jurídico brasileiro**. 44 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito. UNIJUI - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2012.

⁸ ZIMMER, Nara Teresinha. **Psicopatologia do trabalho**: uma reflexão sobre o trabalho humano no que concerne ao processo de sofrimento ou adoecimento psíquico. 37 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Psicologia) – Faculdade de psicologia. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Santa Rosa, 2014.

⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 6.

dificuldade. Também era possível tornar-se mestre sendo companheiro e se casando com a filha ou com a viúva deste.

Ocorre que, em tais corporações de ofício, as jornadas de trabalho eram muito longas, chegando a ter 18 horas de duração durante o verão, mas com média geral de 12 a 14 horas. Um dos motivos expostos foi que as corporações eram instituições arbitrárias que não permitiam ao “indigente” viver do seu trabalho.¹⁰

A Revolução Francesa iniciou-se em 1789, mesmo período da Revolução Industrial. A Revolução Industrial fez o trabalho, antes um modo de castigo e a seguir de honra e prazeroso, em emprego, que é algo realizado para garantir uma vivência digna. Os trabalhadores, a partir de então, passaram a trabalhar por salários. Com a mudança, houve uma nova cultura a ser apreendida.¹¹

Porém, vale dizer que as relações de trabalho na época da Revolução Industrial eram altamente abusivas, beirando a escravidão. Nas minas de carvão, o trabalhador estava sujeito a explosões, intoxicação por gases ou desmoronamentos. Os acidentes de trabalho eram frequentes, além das várias doenças contraídas pelos trabalhadores devido aos gases ou ao ambiente úmido do trabalho (pneumonia e tuberculose eram as mais comuns). Normalmente toda a família trabalhava nesse ambiente.¹²

Dejours (1992, p. 14) traz em sua obra, sobre este período, afirmando:

Alguns elementos marcantes podem ser retidos: a duração do trabalho, que atinge correntemente 12, 14 ou mesmo 16 horas por dia, o emprego de crianças na produção industrial, algumas vezes a partir dos 3 anos, e, mais frequentemente, a partir dos 7 anos. Os salários são muito baixos e, com frequência insuficiente para assegurar o estritamente necessário. Os períodos de desemprego põem imediatamente em perigo a sobrevivência da família.¹³

O trabalhador tinha que lidar com o esgotamento físico advindo da carga horária excessiva, com higiene precária, com a convivência com outros indivíduos que acontecia quase que exclusivamente no ambiente estressante e abusivo de trabalho. Além de muitos acidentes de trabalho acontecer, os trabalhadores das fábricas sofriam alta mortalidade devido ao esgotamento que não era apenas físico, mas também mental. “A luta pela saúde,

¹⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

¹¹ ZIMMER, Nara Teresinha. **Psicopatologia do trabalho**: uma reflexão sobre o trabalho humano no que concerne ao processo de sofrimento ou adoecimento psíquico. 37 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Psicologia) – Faculdade de psicologia. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Santa Rosa, 2014.

¹² SANTOS, Lázaro Matter dos. **A caracterização do trabalhador autônomo no ordenamento jurídico brasileiro**. 44 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito. UNIJUI - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2012.

¹³ DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**: Estudo de psicopatologia do trabalho. 5. ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992, p. 14.

nesta época, identifica-se com a luta pela sobrevivência: ‘viver, para o operário, é não morrer’”.¹⁴

Como afirma Dejours na frase acima, nesse momento iniciou-se a consciência dos funcionários acerca da necessidade de conseguirem melhores condições de serviço, não em tentativa de conseguir qualquer forma de privilégio, mas sim em uma tentativa de sobreviver, garantindo sua dignidade.

2. TRABALHO ESCRAVO: UMA AFRONTA AOS DIREITOS HUMANOS

Explorar o trabalho de outra pessoa, sem prover o mínimo justo por tal trabalho, é uma conduta reprovável e desumana que, como mostrado anteriormente, mostra-se presente desde muito cedo na civilização. Apesar de todo o avanço ocorrido nas mais diversas áreas desde então, ainda atualmente, e após mais de um século da abolição da escravatura, é possível encontrar relações de trabalho versadas nessa forma de exploração, algo que atenta diretamente contra os Direitos Humanos fundamentais e fere a dignidade do trabalhador.

No Brasil, o trabalho em condições análogas à escravidão ainda ocorre com muita frequência, sendo necessária fiscalização constante. O trabalho análogo à escravidão engloba o trabalho forçado, com jornada de trabalho exaustiva, que possui condições degradantes e restringe o direito do trabalhador se locomover.

O novo formato de escravidão existente no Brasil não mais se define pela exploração racial nem é simbolizado pelo açoite, pelas correntes e senzala, mas, de igual forma, subtrai a dignidade do ser humano. Hoje a exploração não escolhe raça. Os açoites e as correntes foram substituídos por maus tratos, péssimas condições de trabalho e higiene, e privação da liberdade pela ameaça de armas. As senzalas, por alojamentos feitos de palhas, lonas e redes. Há, entretanto, um artifício próprio dos dias atuais para manter o trabalhador em sistema de cativeiro – a dívida (MELLO, 2005, p. 29).¹⁵

O trabalho em condições análogas à escravidão é aquele que submete o trabalhador a um emprego no qual sua liberdade é restrita e sua dignidade é desrespeitada. Essa forma de trabalho fere a dignidade da pessoa humana e se mostra contrária aos direitos fundamentais, visto que nega direitos básicos ao indivíduo.

No trabalho escravo, o trabalhador não é visto como um ser humano com direitos e, sim, como um objeto, uma ferramenta, que terá o menor custo de manutenção possível. No Brasil, a forma mais comum de trabalho análogo à escravidão ocorre quando o trabalhador se encontra preso a dívidas feitas pelo empregador, em ambientes distantes, nos

¹⁴ DEJOURS, Christophe. **A loucura do trabalho**: Estudo de psicopatologia do trabalho. 5. ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992, p. 14.

¹⁵ MELLO, Solange Quintão Vaz de. **Trabalho escravo no Brasil: a nova face de um antigo dilema**. Dissertação (especialização em Direito do trabalho) – Faculdade de Direito. 97 p. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Brasília, 2005, p. 29.

quais a locomoção é controlada, inclusive por empregados armados, que têm a função de impedir possíveis fugas. Em muitos casos, os empregadores retêm os documentos dos empregados, dificultando sua saída. Há ainda casos nos quais toda a família se muda para o ambiente de trabalho, de forma em que há ameaça em relação aos membros mais frágeis da família, como crianças e idosos.

No trabalho análogo à escravidão, a jornada de trabalho é exaustiva, com duração muito maior do que a permitida em lei, não havendo qualquer forma de gratificação por este período a mais (como ocorreria, por exemplo, com as horas extras). Em ambientes de trabalho onde há condições de trabalho perigosas e prejudiciais à saúde, o trabalhador não conta com equipamentos de segurança necessários. No ambiente de trabalho, são recorrentes maus tratos físicos e morais, que podem levar a diversas sequelas graves, físicas e mentais.

Caso o trabalhador, que se encontre nesse regime, fique doente ou envelheça, o que lhe faz deixar de ser produtivo, será simplesmente dispensado, deixado em algum lugar ermo, sem nenhuma forma de amparo ou indenização para que possa iniciar uma nova vida.

O trabalhador escravo da atualidade não é definido por etnia ou por local de nascimento, mas sim pela condição social, sendo aquele que não possui condições de suprir o mínimo à sua família e, sem acesso ao conhecimento, aceita a oferta de trabalho que supre as necessidades urgentes do momento.¹⁶

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho escravo é aquele no qual o indivíduo é forçado a trabalhar por meio de intimidação ou de violência física, através de dívidas que não podem ser quitadas, de retenção de documentos pessoais, ou de ameaças de denúncia, para casos de imigrantes ilegais.¹⁷

Assim, é possível observar que o trabalho escravo é uma ofensa direta aos direitos fundamentais, visto que tira toda a dignidade do ser humano através de uma relação de trabalho desumana. Por esse motivo, o Direito do Trabalho, que rege as relações trabalhistas, é uma das ferramentas de combate ao trabalho escravo.

3. O DIREITO DO TRABALHO COMO PROTETOR AO DIREITO DE TRABALHAR EM CONDIÇÕES JUSTAS

O Direito do Trabalho pode ser considerado como um instrumento jurídico que busca promover a dignidade humana, visto que reforça a identidade individual do trabalhador, trazendo a proteção necessária. Com melhorias constantes, o Direito do

¹⁶ MELLO, Solange Quintão Vaz de. **Trabalho escravo no Brasil: a nova face de um antigo dilema**. Dissertação (especialização em Direito do trabalho) – Faculdade de Direito. 97 p. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Brasília, 2005.

¹⁷ BAUMER, Adriano Luis. **Trabalho em condições análogas à de escravo: mutações e os desafios ao seu combate**. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. 65 p. Universidade Federal De Santa Catarina - Centro De Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2018.

Trabalho realiza a promoção de ideais de justiça e cidadania, ambos parte da dignidade humana, um dos pilares centrais do Estado Democrático de Direito.

É possível observar esta ligação entre o Direito do Trabalho e a dignidade humana quando se avalia que esse ramo realiza a tutela jurídica das relações empregatícias, garantindo igualdade entre trabalhador e empregador, protegendo o empregado de possíveis relações abusivas de trabalho.¹⁸

Com sua devida aplicação, é possível observar que o Direito do Trabalho também garante uma melhor distribuição de renda na sociedade, visto que, através dele, há maior garantia de pagamento de salários justos. A partir dessa distribuição de renda, há maior movimentação econômica e maior avanço social.

Assim, é possível afirmar que o Direito do Trabalho é uma vertente dos Direitos Humanos que garante a dignidade do trabalhador, e, assim, de forma geral, garante cidadania e justiça social.

O primeiro pilar ético dos Direitos Humanos é a dignidade, valor-fonte e parâmetro contemporâneo para os instrumentos internacionais de proteção ao ser humano. Essa virtude positivada no cenário internacional também norteia, é claro, a Constituição brasileira de 1988. Aliás, a “Constituição Federal de 1988 protagoniza papel particularizado quanto à reflexão sobre a dignidade humana, sobretudo por consagrá-la como fundamento do Estado Democrático de Direito” e por reconhecer o ser humano como “centro convergente” dos direitos fundamentais. É, portanto, a dignidade “valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”.

O segundo pilar ético dos Direitos Humanos é a cidadania, conceituada, no paradigma do Estado Democrático de Direito, como a “aptidão do indivíduo em adquirir direitos, prerrogativas e proteções da ordem jurídica, aptos a qualificá-lo como igual a seus semelhantes no contexto da sociedade local, regional ou internacional”.

O terceiro pilar ético dos Direitos Humanos é a justiça social. A justiça social consolidou-se, em meados do século XX, nos países que adotaram o paradigma do Estado de Bem-Estar Social como um primado ético, baseada na concepção que tornava a solidariedade – ou a fraternidade, conforme a bandeira da Revolução Francesa – um dever social, no qual cada indivíduo ou o grupo seriam sujeitos de direitos e obrigações.¹⁹

No Direito do Trabalho, a solidariedade “pode fundamentar o reconhecimento de uma eficácia horizontal dos Direitos Sociais e Econômicos, ao sedimentar a ideia de que cada um de nós é também, de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais”.²⁰ Assim, “a

¹⁸ DELGADO, Gabriela Neves. RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os Direitos Sociotrabalhistas como dimensão dos Direitos Humanos. Trabalho, Constituição e Cidadania. **A dimensão coletiva dos Direitos Sociais Trabalhistas**. 1. ed. São Paulo: LTR, XXXX. Abril, 2014

¹⁹ DELGADO, Gabriela Neves. RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os Direitos Sociotrabalhistas como dimensão dos Direitos Humanos. Trabalho, Constituição e Cidadania. **A dimensão coletiva dos Direitos Sociais Trabalhistas**. 1. ed. São Paulo: LTR, XXXX, p. 66-67. Abril, 2014.

²⁰ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 339.

solidariedade vem sendo usada para fundamentar os Direitos Transindividuais, ditos de terceira geração, como o direito ao meio ambiente (...) [e] também se presta para justificar as políticas intervencionistas do Estado, baseadas na concepção de justiça distributiva”.²¹

Dessa forma, é possível notar que o Direito do Trabalho se encontra interligado de maneira direta aos conceitos base dos Direitos Humanos, dignidade, cidadania e justiça social. Assim, sua principal função é tutelar as relações de trabalho, garantindo o direito fundamental dos trabalhadores. Por esse motivo, combater o trabalho em condição análoga a de escravos se encontra entre as atividades necessárias ao ramo.

A Constituição Federal traz entre suas normas a prevalência dos Direitos Fundamentais, apontando para a valorização do trabalho. Inclusive, em seu Art. 5º, a Carta Magna traz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.²²

Ainda, a Constituição traz em seu artigo 170 que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; (...)”.²³

Além da Constituição Federal, o Código Penal Brasileiro traz em seu artigo 149, como conduta passível de punição, “reduzir alguém a condição análoga a de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”.²⁴

Além do crime supracitado, há no Código Penal outros crimes contra a organização do trabalho que se equiparam à submissão ao trabalho escravo.

São eles: atentado contra a liberdade de trabalho, no artigo 197 do Código Penal; atentado contra a liberdade do contrato de trabalho e boicotagem violenta, previsto no artigo 198 do CP; frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista, elencado no artigo 203 do CP; aliciamento com o fim de emigração, previsto no artigo 206 do CP; e o aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, de acordo com artigo 207 do CP.²⁵

²¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 339.

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

²⁴ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

²⁵ BAUMER, Adriano Luis. **Trabalho em condições análogas à de escravo: mutações e os desafios ao seu combate**. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. 65 p. Universidade Federal De Santa Catarina - Centro De Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2018, p. 33.

Assim, é possível observar que o trabalho em condições análogas à escravidão é alvo das leis brasileiras, fato que também se aplica ao Direito do Trabalho. Na própria Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), o artigo 9º traz que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na consolidação, impedindo assim que haja renúncia dos Direitos Trabalhistas ali contidos por parte dos trabalhadores. Dessa forma, não é possível que um empregador coloque seus funcionários em condição de escravidão e argumente que o fez em acordo com os trabalhadores.²⁶

É possível encontrar na CLT vários outros artigos que também coíbem a relação trabalhista escrava, como o como pela falta de registro em carteira de trabalho, que viola o artigo 41, *caput*; além dos artigos 13 e 29, *caput*.²⁷

Além da CLT, o Direito do Trabalho também possui, como formas de lutar contra o trabalho escravo, o Ministério do Trabalho e Emprego. O Ministério do Trabalho e Emprego – MTE é responsável por regulamentar e fiscalizar as relações de trabalho no Brasil. Dentre suas diretrizes se encontra o combate ao trabalho escravo. O MTE é um dos principais atuantes no combate do trabalho escravo.

Como forma de realizar esse combate, existe o Grupo Especial de Fiscalização Móvel, formado por:

Auditores Fiscais do Trabalho, agentes da Polícia Federal e procuradores do Ministério Público Federal. Este grupo está atrelado Secretaria de Inspeção do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e a principal atribuição são as ofensivas, realizadas com operações de campo, contra o trabalho em condições à de escravos e destaca-se, durante os vinte e três anos de existência, a libertação de mais de 40 mil trabalhadores, retirados de condições deploráveis em relação ao ser humano.²⁸

O MTE ainda realiza uma ‘lista suja’, com um cadastro onde divulga listagem de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas a de escravo. Essa lista é acessível ao público e, também, a outros órgãos governamentais, além de instituições financeiras.

Outro grande auxiliar do Direito do Trabalho para garantir condições justas de trabalho contra a existência do trabalho escravo é o Direito Internacional. A primeira norma internacional a tratar sobre o trabalho escravo aconteceu em 1926, quando a Liga das Nações realizou a Convenção sobre a Escravatura. Nesta convenção, a escravidão foi definida como

²⁶ ANDRADE, Carlos Eduardo Almeida Martins De. Do crime de redução à condição análoga à de escravo na legislação, doutrina e jurisprudência. *Âmbito-jurídico*, v. 1. Rio Grande: set. 2018.

²⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.

²⁸ BAUMER, Adriano Luis. **Trabalho em condições análogas à de escravo: mutações e os desafios ao seu combate**. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. 65 p. Universidade Federal De Santa Catarina - Centro De Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2018, p. 35.

“o estado ou a condição de uma pessoa sobre o qual se exercem alguns ou todos os poderes relativos ao direito de propriedade”.²⁹ Na convenção, buscou-se proibir qualquer forma de comércio de escravos.

Em 1930, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) realizou a Convenção nº 29, na qual os países membros assumiram o compromisso de “abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível”.

³⁰

No ano de 1948, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, na qual a ONU estabeleceu a proteção universal dos Direitos Humanos. Em seu art. 4º, a Declaração afirma que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”³¹, enquanto em seu artigo 5º afirma que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.³² No artigo 23, a Declaração afirma que toda pessoa deve ter direito a escolher livremente seu trabalho, que deverá ser realizado em condições justas e favoráveis. E, e no artigo 24, afirma que o trabalhador deve ter direito ao repouso e ao lazer, com uma jornada de trabalho com uma limitação razoável das horas de trabalho, além de férias remuneradas periódicas.³³

A convenção de nº 29 foi ratificada no Brasil no ano de 1957. Ainda neste ano, também foi adotada a Convenção nº 105 da OIT, que complementou a Convenção nº 29 e tratou da abolição do trabalho forçado. A convenção determina aos membros participantes que o trabalho forçado não poderá ser utilizado como forma de coerção, educação política ou como sanção dirigida a aqueles que tenham alguma opinião política específica, ou que manifestem sua oposição ideológica, à ordem política, social ou econômica vigente. Também não deve ser utilizado como método de mobilização e de utilização da mão de obra para fins de desenvolvimento econômico, como forma de disciplina de trabalho, como forma de punição por participação em greves ou como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.³⁴

²⁹ BRASIL. Secretaria Internacional do Trabalho. **Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT relativa a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho – Não ao Trabalho Forçado**. Conferência Internacional do Trabalho - 89ª Reunião. Genebra, 2001.

³⁰ Organização das Nações Unidas no Brasil (ONUBR). **Trabalho escravo**. Brasília, 2016, p. 2.

³¹ Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembléia Geral das Nações Unidas. França, 1948.

³² Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembléia Geral das Nações Unidas. França, 1948.

³³ Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembléia Geral das Nações Unidas. França, 1948.

³⁴ Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Convenção nº 105**. Convenção concernente à abolição do trabalho forçado. Genebra, 1957.

Da mesma forma, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) estabeleceu a proibição do trabalho escravo, em seu artigo 8º. O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC, arts. 6º e 7º), a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (CEDAW, arts. 6º e 11º), o Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Criança, (art. 3º), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 7.2.c), a Convenção sobre os Direitos da Criança (CRC, art. 32), a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias (art. 11º) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD, art. 27.2) também trazem dispositivos no mesmo sentido.³⁵

É possível citar ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana Sobre Direitos Humanos, no ano de 1969, que aconteceu em San José da Costa Rica, razão pela qual ficou conhecida como ‘Pacto de San José da Costa Rica’. Em seu artigo 6º, a Convenção afirma que ninguém pode ser submetido à escravidão ou à servidão, e que ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório, porém, para esta última parte abre exceção para países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, e ainda em abre exceção em relação ao serviço militar; ao serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade e ao trabalho que faça parte das obrigações cívicas normais.

Ainda assim, a Convenção deixa claro que o trabalho forçado, mesmo nas exceções supracitadas, não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do indivíduo.

³⁶

Recentemente, em 2014, governos, empregadores e trabalhadores se reuniram em Genebra, na 103ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, da qual resultou a Recomendação n.º 203, que complementa a Convenção n.º 29, e fornece orientações sobre medidas a serem tomadas pelos Estados Membros para eliminar todas as formas de trabalho forçado, além de proteger vítimas e garantir a elas o acesso à justiça e a devida compensação.

³⁷

Assim, é possível observar que há um trabalho conjunto no Direito do Trabalho para tutelar os Direitos Fundamentais do Trabalhador e, assim, evitar a ocorrência de relações de trabalho abusivas, como ocorre no trabalho escravo e garantir que seja possível ao trabalhador realizar sua função em condições justas. Porém, também é possível notar que, mesmo com essa união a nível internacional, o trabalho escravo ainda é um problema atual

³⁵ Organização das Nações Unidas no Brasil (ONUBR). **Trabalho escravo**. Brasília, 2016, p. 2.

³⁶ BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992.

³⁷ Organização das Nações Unidas no Brasil (ONUBR). **Trabalho escravo**. Brasília, 2016.

e a realidade de muitos trabalhadores. Neste ponto, entra o questionamento acerca da eficácia das medidas vigentes atuais, se há a necessidade de novas medidas, mais drásticas a serem tomadas, ou se há apenas a necessidade de maior fiscalização das autoridades competentes.

Observando-se as legislações apresentadas e o avanço histórico demonstrado, em um primeiro instante é possível imaginar que o trabalho escravo não se mostra mais uma realidade no Brasil, porém, tal pensamento se mostra errôneo:

Brasil resgatou 918 vítimas de trabalho escravo em 2023, recorde para um 1º trimestre em 15 anos. O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) resgatou 918 trabalhadores em condições semelhantes à de escravidão entre janeiro e 20 de março de 2023, uma alta de 124% em relação ao volume dos primeiros três meses de 2022.

O número é recorde para um 1º trimestre em 15 anos, sendo superado apenas pelo total de 2008, quando 1.456 pessoas foram resgatadas.

Os dados foram compilados a pedido do g1 pelo auditor fiscal Maurício Krepsky, chefe da Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (Detrae), do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE).

Goiás e Rio Grande do Sul foram os estados onde os auditores do Ministério encontraram o maior volume de trabalhadores em situação análoga à de escravidão.

As operações de resgate em todo o país são realizadas por grupos formados por instituições como o Ministério do Trabalho e Emprego, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Federal, a Defensoria Pública da União, entre outras.

Somente em Goiás, 365 pessoas foram resgatadas. Mais da metade foi resgatada no último dia 17 em lavouras e usinas de cana-de-açúcar nos municípios Itumbiara, Edéia e Cachoeira Dourada, no sul do estado, em uma operação do MTE que durou três dias.

Entre as irregularidades encontradas pela fiscalização, estão a cobrança de aluguel de barracos usados como alojamentos, o não fornecimento de alimentação e cobrança pelo uso de ferramentas de trabalho.³⁸

O número supracitado, mostrando que apenas no primeiro trimestre de 2023 quase 1000 trabalhadores foram resgatados de trabalho análogo à escravidão, é preocupante, visto que, se tal número de pessoas foi resgatado, é possível que haja um número muito maior de pessoas que ainda estejam em tal situação.

A legislação pátria não tolera o trabalho escravo e o veta e condena em toda e qualquer situação. Dessa forma, é possível concluir que o fato de ainda existir o trabalho escravo em números tão alarmantes se dá pela falta de fiscalização suficiente, algo que acontece não apenas por um olhar menos atento à fiscalização do trabalho escravo, mas pela dificuldade de realizar tal fiscalização de forma total, visto que o Brasil é um país com vasto

³⁸ G1. **Brasil resgatou 918 vítimas de trabalho escravo em 2023, recorde para um 1º trimestre em 15 anos.** Mar. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2023/03/21/brasil-resgatou-918-vitimas-de-trabalho-escravo-em-2023-recorde-para-um-1o-trimestre-em-15-anos.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2023.

território, com regiões de difícil acesso, situação que é aproveitada por empregadores de má-fé, que levam os trabalhadores a uma situação tão degradante e desumana.

Porém, mesmo com a legislação cobrindo a temática sobre o trabalho análogo à escravidão, é possível que a lei se torne mais rígida, com penas maiores para aqueles que submetem trabalhadores à forma tão desumana de vivência, visto que, com leis mais rígidas, haverá aqueles que terão maior temor e, por consequência, não irão empregar trabalhadores para tal regime trabalhista.

Assim, urge o aumento da fiscalização trabalhista, uma maior rigidez na legislação, com penas mais duras e o máximo de conscientização da população, para que essa alerte as autoridades no caso de qualquer situação que degrade o trabalhador enquanto ser humano.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após mais de 100 anos da assinatura da Lei Áurea, o trabalho escravo ainda se mostra uma realidade no Brasil, mesmo que de forma clandestina. O trabalho escravo é autoritário, corrupto e fere os Direitos Humanos. A legislação pátria e internacional aplica diversas medidas para erradicar o trabalho escravo, porém, ele ainda se mostra presente, tirando os direitos básicos de vários trabalhadores.

No Brasil, apenas no primeiro trimestre de 2023, quase 1000 trabalhadores foram resgatados de situação de trabalho análogo à escravidão, em trabalhos forçados por dívidas, no tráfico humano ou sexual, uma situação que urge que se encerre.

Para acirrar ainda mais a luta contra essa situação, é necessário que haja ação dos governos, empresas e sociedade para trabalharem juntos na criação e implementação de políticas e práticas que promovam o direito de trabalhar em condições justas e erradiquem o trabalho escravo no século XXI. Isso pode incluir a implementação de leis mais rigorosas, investimentos em programas de conscientização e educação, fortalecimento dos mecanismos de fiscalização e incentivos para práticas comerciais éticas.

Apesar de já haver um grande número de entidades governamentais e não-governamentais que participam do combate à erradicação do trabalho escravo, ainda há muito mais a ser feito, especialmente em relação à fiscalização.

O Direito do Trabalho possui papel fundamental nesta luta pela erradicação do trabalho escravo, garantindo que o trabalhador consiga trabalhar em condições justas, com seus direitos humanos garantidos.

É possível concluir, assim, que a fiscalização que encontra as situações de trabalho escravo e o Direito, que pune aqueles que aplicam tal forma desumana de trabalho, devem trabalhar em conjunto e ser cada vez melhorados, para que se consiga cada vez mais garantir

os Direitos Humanos dos trabalhadores, criando um ambiente onde o trabalho digno seja a norma e o trabalho escravo seja coisa do passado.

REFERÊNCIAS FINAIS

ALBORNOZ, Suzana. O que é trabalho. São Paulo: Brasiliense, 2017.

ANDRADE, Carlos Eduardo Almeida Martins de. Do crime de redução à condição análoga à de escravo na legislação, doutrina e jurisprudência. Âmbito-jurídico, v. 1. Rio Grande: set., 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BAUMER, Adriano Luis. Trabalho em condições análogas à de escravo: mutações e os desafios ao seu combate. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. 65 p. Universidade Federal De Santa Catarina - Centro De Ciências Jurídicas. Florianópolis, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho, São Paulo, 1943.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, 1992.

BRASIL. Portaria/MTP nº 671, de 8 de novembro de 2021. Regulamenta disposições relativas à legislação trabalhista, à inspeção do trabalho, às políticas públicas e às relações de trabalho. Brasília, 2021.

DEJOURS, Christophe. A loucura do trabalho: Estudo de psicopatologia do trabalho. 5. ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1992.

DELGADO, Gabriela Neves; RIBEIRO, Ana Carolina Paranhos de Campos. Os Direitos Sociotrabalhistas como dimensão dos Direitos Humanos. Trabalho, Constituição e Cidadania. A dimensão coletiva dos Direitos Sociais Trabalhistas. 1. ed. São Paulo: LTR, XXXX. Abril, 2014

G1. Brasil resgatou 918 vítimas de trabalho escravo em 2023, recorde para um 1º trimestre em 15 anos. Mar. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/trabalho-e-carreira/noticia/2023/03/21/brasil-resgatou-918-vitimas-de-trabalho-escravo-em-2023-recorde-para-um-1o-trimestre-em-15-anos.ghtml>. Acesso em: 20 jun. 2023.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELLO, Solange Quintão Vaz de. Trabalho escravo no Brasil: a nova face de um antigo dilema. Tese (especialização) – Faculdade de Direito. 97 p. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Brasília, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONUBR). Trabalho escravo. Brasília, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembléia Geral das Nações Unidas. França, 1948.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 105. Convenção concernente à abolição do trabalho forçado. Genebra, 1957.

SANTOS, Lazaro Matter dos. A caracterização do trabalhador autônomo no ordenamento jurídico brasileiro. 44 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito. UNIJUI - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Ijuí, 2012.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SECRETARIA INTERNACIONAL DO TRABALHO. Relatório global do seguimento da declaração da OIT relativa a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho – Não ao Trabalho Forçado. Conferência Internacional do Trabalho - 89ª Reunião. Genebra: 2001.

SOUZA, Marcela Tavares de; SILVA, Michelly Dias da; CARVALHO, Rachel de. Revisão integrativa: o que é e como fazer. Einstein, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 102-106, Mar. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-45082010000100102&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 4 jun. 2023.

ZIMMER, Nara Teresinha. Psicopatologia do trabalho: uma reflexão sobre o trabalho humano no que concerne ao processo de sofrimento ou adoecimento psíquico. 37 f. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Psicologia) – Faculdade de psicologia. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul- UNIJUI. Santa Rosa, 2014.

APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Application of the Shared Custody Institute to Pets in the Dissolution of Conjugal Society

Brenno Henrique de Oliveira Ribas¹

Centro Universitário do Vale do Ipojuca

E-mail: brennoribas.jus@gmail.com

Evelly Silva de Moura²

Centro Universitário do Vale do Ipojuca

E-mail: evellycm96@gmail.com

Resumo: Ao longo dos séculos, a dinâmica entre seres humanos e animais não humanos passou por significativa transformação, culminando na emergência da família multiespécie. Este conceito, fundamentado no princípio da afetividade, ganhou relevância após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Reconhecida por destacados doutrinadores e respaldada pela jurisprudência nacional, a família multiespécie tornou-se uma estrutura comum na sociedade brasileira contemporânea. Este estudo visa examinar, de maneira abrangente, a evolução do direito de família no Brasil até sua progressiva aplicação no contexto da dissolução conjugal, especialmente no que tange à guarda compartilhada de animais de estimação. A metodologia adotada engloba revisão bibliográfica e análise de jurisprudências, oferecendo uma compreensão aprofundada desse fenômeno jurídico-social. Ao ampliar o escopo do direito de família para abranger os membros não humanos, o ordenamento jurídico brasileiro reflete a crescente importância atribuída às relações afetivas entre humanos e animais de estimação. A inclusão da guarda compartilhada para esses animais representa um avanço significativo, alinhando-se com a tendência contemporânea de reconhecimento dos direitos e interesses dos não humanos. Este trabalho propicia uma reflexão crítica sobre a evolução normativa, evidenciando como a sociedade e o sistema jurídico respondem às transformações nas relações familiares, incorporando considerações éticas e emocionais que transcendem as fronteiras tradicionais. O exame da jurisprudência enfatiza a consolidação desse novo paradigma jurídico e sua aceitação como parte integrante da evolução contínua do direito de família brasileiro. Portanto, a análise abrangente apresentada contribui para uma compreensão mais profunda das complexidades e implicações dessa evolução, destacando seu impacto na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Princípio da Afetividade; Família Multiespécie; Guarda Compartilhada

Abstract: Throughout the centuries, the dynamics between humans and non-human animals have undergone significant transformations, culminating in the emergence of the multispecies family. This concept, grounded in the principle of affectivity, gained relevance after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. Recognized by prominent scholars and supported by national jurisprudence, the multispecies family has become a common structure in contemporary Brazilian society. This study aims to comprehensively examine the evolution of family law in Brazil, progressing towards its application in the context of marital dissolution, particularly concerning shared custody of pets. The adopted methodology encompasses literature review and analysis of jurisprudence, providing an in-depth understanding of this socio-legal phenomenon. By expanding the scope of family law to include non-human members, the Brazilian legal system reflects the increasing importance attributed to affective relationships between humans and pets. The inclusion of shared custody for these animals represents a significant advancement, aligning with the contemporary trend of recognizing the rights and interests of non-human entities. This work facilitates a critical reflection on normative evolution, highlighting how society and the legal system respond to transformations in family relations, incorporating ethical and emotional considerations that transcend traditional boundaries. The examination of jurisprudence emphasizes the consolidation of this new legal paradigm and its acceptance as an integral part of the ongoing evolution of Brazilian family law.

¹ Professor do Centro Universitário do Vale do Ipojuca (UNIFAVIP WYDEN). Doutorando em Direito pela Universidade de Alcalá (UAH). E-mail: brennoribas.jus@gmail.com.

² Estudante. Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca (UNIFAVIP WYDEN). E-mail: evellycm96@gmail.com.

Therefore, the comprehensive analysis presented contributes to a deeper understanding of the complexities and implications of this evolution, underscoring its impact on contemporary society.

Keywords: Principle of Affectivity; Multispecies Family; Shared Custody.

INTRODUÇÃO

O conceito de família transformou-se demasiadamente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a substituição do Código Civil de 1916 pelo de 2002, com o advento de tais legislações, a família deixou de ser tratada apenas como aquela que nasce a partir do matrimônio e tinha como principal função a perpetuação da espécie humana e a consolidação patrimonial e econômica do patriarca. A família tornou-se plúrima e as relações afetivas ganharam um grande destaque no contexto familiar.

Dessa forma, tendo como norte o Princípio da Afetividade, tratar o tema: aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação na dissolução da sociedade conjugal, se mostra de extrema importância, visto que, a família multiespécies é um dos tipos de famílias que surgiram a partir da Constituição de 1988. O presente tema tem como fundamento principal a afetividade do ser humano e do animal e precisa ser apreciado pela legislação e a jurisprudência, principalmente no que diz respeito ao bem-estar do animal, que não deve mais ser tratado como mera propriedade e ser entregue ao dono quando a família da qual ele faz parte se desfaz, mas como ser dotado de sentimentos e necessidades que devem ser fornecidas pela família e fiscalizado pelo Estado e a sociedade.

O presente artigo procura investigar a possibilidade e viabilidade da aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação. No atual cenário brasileiro é cada vez mais comum casais que não desejam conceber filhos consanguíneos ou realizar adoção de crianças e adotam animais de estimação como cães e gatos e os criam como seus “filhos”, os animais demandam e recebem todo o cuidado que uma criança receberia, como ida ao médico especializado, medicamentos, alimentação balanceada, brinquedos e até mesmo creche. Os casais de tutores criam verdadeiros laços de afetividade e enxergam seus pets como verdadeiros filhos e ao ocorrer o fim da sociedade conjugal surge o dilema de quem ficará com o animal, em muitos casos o dilema é inconciliável e acaba demandando do judiciário para que se chegue a uma solução.

Nesse sentido, o judiciário brasileiro sofre com a falta de legislação específica para o tema, muitas vezes resolvendo o dilema tratando o animal como um mero bem material e o entregando a quem o comprou e em outras vezes é mais humano e busca estabelecer uma situação confortável tanto para os tutores quanto para os animais, que não são alheios a separação de seus tutores, sofrendo com a separação, sentindo falta da companhia daquele com quem ele foi acostumado a conviver e com quem tem grandes laços afetivos.

Dessa forma, o presente trabalho busca desenvolver a aplicabilidade do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação, visto que, os animais não são meros bens materiais, eles são detentores de sentimentos e necessidades que precisam ser observados pelo judiciário quando tais demandas chegarem até ele. Sendo assim, é necessário que o judiciário seja capaz de examinar a situação dos tutores em relação ao animal, como, por exemplo, quem era o responsável pela alimentação, medicação, veterinário, se era responsabilidade compartilhada do casal ou apenas de um dos tutores, como as necessidades do animal será melhor atendida, com a guarda unilateral ou guarda compartilhada? Além de também observar as necessidades afetivas dos tutores em relação ao animal, os tutores sofrerão abalos psicológicos com a separação do animal? Ao responder essas questões, é possível que se chegue a uma decisão mais justa tanto para o bem-estar do animal, quanto para o bem-estar dos tutores.

Os casos devem ser analisados individualmente, mas sempre prezando pelo bem-estar do animal, não o tratando como um bem material. Possivelmente, a guarda compartilhada será o melhor instituto a ser aplicado, desde que não haja episódios de violência e que o animal tenha laços afetivos com ambos os tutores.

Na atualidade, o número de casais que optam por não ter crianças e constroem sua vida em torno de uma família multiespécies é cada vez maior, isso porque, para muitos, o modo de vida atual, com constante inseguranças financeira e climática, não comporta a criação de uma criança. Nesse sentido, com animais de estimação assumindo o papel de filhos no contexto familiar contemporâneo e o advento de lide os envolvendo, surge a necessidade de amparo teórico sobre o tema.

Portanto, o presente trabalho encontra sua justificativa no cenário familiar atual, que passa por grandes transformações e necessitam de análise e aprofundamento teórico; sendo assim, busca-se, com o presente artigo, contribuir para a reflexão a respeito do tema, tanto para a sociedade em geral, que carece de informações e esclarecimentos sobre o tema, como para a comunidade jurídica, em especial o judiciário, que tem nas mãos a difícil tarefa de se adequar as mudanças e demandas sociais, com uma legislação que não consegue acompanhar as constantes metamorfoses sociais em tempo hábil.

Assim, tem-se como objetivo compreender a evolução do direito de família brasileiro até chegar na possibilidade de aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação na dissolução da sociedade conjugal. Além de analisar a evolução do Direito de Família na sociedade brasileira; a aplicação do instituto da guarda compartilhada no Brasil e a aplicação do instituto da guarda compartilhada das crianças em relação aos animais de

estimação. A metodologia de pesquisa utilizada para a construção deste artigo consiste em revisão bibliográfica e análise de jurisprudências a respeito do tema.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL E O SURGIMENTO DA FAMÍLIA MULTIESPÉCIE

Diretamente influenciado pela colonização portuguesa, durante séculos, no Brasil, prosperou um único modelo de família, sendo este, a família constituída através do matrimônio, civil ou religioso entre homem e mulher. Este modelo era estruturado pelo patriarcado, em que a figura do homem (chefe de família) representava a autoridade familiar, a quem os demais membros deviam obediência.

É possível observar a perpetuação dessa estruturação ao analisar as constituições brasileiras ao decorrer dos séculos, em um retrospecto, percebe-se que, por muito tempo seguiram-se as determinações da igreja católica, admitindo somente o casamento religioso e quando se passou a aceitar o casamento civil, ele foi durante muitas décadas, indissolúvel. Nesse contexto, Louzada ensina que:

A Constituição de 1824 não fez qualquer menção relevante à família, havendo como determinante, somente o casamento religioso. Naquele tempo, a Igreja assumiu um caráter delineador da moralidade, não aceitando qualquer outra forma de união que não aquela por ela definida. Assim, até 1891, as pessoas apenas podiam se unir para formação da família, através do casamento religioso. A partir de então, passou-se a admitir o casamento civil indissolúvel. A primeira constituição a se preocupar em delinear a família em seu contexto, foi a de 1934. Nesta, houve a determinação da indissolubilidade do casamento, ressaltando somente os casos de anulação ou desquite. Também foi sob sua égide que foi autorizado as mulheres votar. Já a Constituição de 1937 nos trouxe a igualdade entre os filhos considerados legítimos e naturais. A de 1946 não inovou no conceito de família e a de 1967 manteve a ideia de que família somente era aquela constituída pelo casamento civil. Em contrapartida, a emenda constitucional de 1969, que manteve a indissolubilidade do casamento, foi modificada com o advento da Lei do Divórcio de 1977, passando-se a haver aceitação de novos paradigmas³.

Como observado, esta unicidade familiar brasileira fundada no matrimônio prosperou durante séculos, mesmo a união estável, até então denominada de forma pejorativa de concubinato, não era socialmente aceita, esta, durante muito tempo, foi tratada com ampla rejeição e desprezo social, sem qualquer tutela por parte do Estado⁴. Nesse contexto, Belchior e Dias descrevem que:

A família possuía qualificações a depender de sua origem. Se, à época advinda do concubinato ou do casamento, interferia até mesmo na categorização dos filhos.

³LOUZADA, Ana Maria. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <https://www.amagis.org.br/images/Artigos/Evolucao_do_conceito_de_familia.pdf>. Acesso em: 09 out. 2023.

⁴ PAIXÃO, Gabriela e COSTA, Juliane. **A Evolução da União Estável no Brasil e a Recente Equiparação com o Casamento para Fins Sucessórios**. Disponível em: <<https://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Socialis/01%20-%20Direito/A%20EVOLU%C3%87%C3%83O%20DA%20UNI%C3%83O%20EST%C3%81VEL%20NO%20BRASIL%20E%20A%20RECENTE%20EQUIPARA%C3%87%C3%83O%20COM%20O%20CASAMENTO%20PARA%20FINS%20SUCESS%C3%93RIOS.pdf>> Acesso em: 10 out. 2023.

A prole advinda do casamento era legítima se, por outro lado, fosse oriunda de relações às margens da lei, eram qualificados como ilegítimos⁵.

Identifica-se a evidente marginalização das formações familiares divergentes do padrão tradicional de casamento ao longo dos séculos no Brasil, quando o próprio Código Civil brasileiro de 1916, que perpetuava a configuração familiar matrimonial, patriarcal, heteroparental e biológica, vigorou até 2002.

Ressalta-se que, nesta estruturação, não havia espaço para afeto, a família era vista apenas como um instrumento capaz de manter e aumentar o poder do patriarca na sociedade, nas palavras de Luciano Barreto, destacava-se, na antiguidade, a falta de afeto entre os membros da família, que se relacionava com o propósito de conservação dos bens, a prática comum de um ofício e nos casos de crises, a preservação da honra e das vidas ⁶.

Foi somente com o advento da Constituição Federal de 1988, denominada de constituição cidadã, constituição progressista, considerada um marco aos direitos dos cidadãos brasileiros, que a estrutura familiar brasileira mudou significativamente, havendo uma verdadeira revolução no direito de família, nesse contexto, de acordo com Alves:

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o status família e àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio ⁷.

Assim, é possível observar que, com a chegada da Constituição de 1988, ocorre um significativo progresso no sistema jurídico do Brasil e a concepção de uma única estrutura familiar dá lugar a uma pluralidade familiar, embasada principalmente no Princípio da Afetividade. Dentro desse contexto, segundo Pereira:

É, portanto, da Constituição da República que se extrai o sustentáculo para a aplicabilidade do princípio da pluralidade de família, uma vez que, em seu preâmbulo, além de instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece que deve ser assegurado o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade. Sobretudo da garantia da liberdade e da igualdade, sustentadas pelo macroprincípio da dignidade, é que se extrai a aceitação da família plural, que vai além daquelas previstas constitucionalmente e, principalmente, diante da falta de previsão legal ⁸.

Ainda nesse sentido, ressalta-se Garcia, a qual defende que:

⁵ BELCHIOR, Germana e DIAS, Maria Ravelly. A Guarda Responsável dos Animais de Estimação na Dissolução da União Estável. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/49001>> Acesso em: 8 out. 2023.

⁶ BARRETO, Luciano. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf> Acesso em: 06 jun. 2023.

⁷ ALVES, Fernando. **A Homossexualidade e o Princípio constitucional da igualdade**. Disponível em: <<https://web.archive.org/web/20230201130020/http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/69>> Acesso em: 09 out. 2023.

⁸ PEREIRA, Rodrigo. **Princípios Fundamentais e Norteadores para Organização Jurídica da Família**. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunh;jsessionid=CBED553D725435C775270BAFC625739?sequence=1> Acesso em: 07 out. 2023.

A Constituição Federal de 1988 consolida grandes evoluções sociais em nosso ordenamento: garante a igualdade entre filhos, sejam eles havidos dentro ou fora do casamento, sejam eles biológicos ou adotivos. Fica reconhecido um conceito de família alargado, garantindo proteção àquela formada pelo casamento civil, pelo casamento religioso com efeitos civis, pela união estável entre homens e mulheres e famílias monoparentais, formadas por um dos genitores e seus filhos⁹.

Nesse contexto, observa-se que a Constituição de 1988, ao revolucionar o direito de família brasileiro, abraçou todos aqueles contextos familiares que viviam a margem da sociedade por não se enquadrarem nos moldes de família até então existentes, o elemento familiar passou a ser mais democrático, distanciando-se da inflexibilidade matrimonial, dando origens a outras formas de constituição familiar. Nestes novos modelos de família, todos os membros são contemplados com igualdade no ambiente familiar, tendo como condição comum a busca da felicidade mútua.

Os novos moldes constitucionais e as mudanças legislativas decorrentes do Código Civil de 2002 permitiram que a União Estável saísse da marginalização social e fosse equiparada ao casamento, dando segurança jurídica aqueles que optam por não constituir família pelo casamento civil ou religioso, possibilitaram o casamento civil homoafetivo, além de não fazer distinção entre a União Estável heterossexual e homossexual. Atualmente os modelos familiares são diversos, não havendo um rol taxativo para discriminar o que pode ou não ser considerado família. Nesse sentido, Lôbo ensina que:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família, indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade¹⁰.

Assim, observa-se que a Constituição Federal de 1988, reconhece a família como base da sociedade, mas não impôs limitações quanto a sua configuração, a partir disso, surgem diversas estruturas familiares além da família tradicional ou matrimonial, como a família monoparental, informal, anaparental, homoafetiva, família paralela ou simultânea e a família multiespécies.

Dentre as diversas configurações familiar na sociedade contemporânea brasileira, destaca-se a família multiespécies, em que, firmada a partir do Princípio da Afetividade, seres

⁹ GARCIA, Felícia. **A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade**. Disponível em: <<https://praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2019/10/A-evolucao-do-direito-das-familias-e-da-conducao-de-seus-conflitos.pdf>> Acesso em: 08 jun. 2023.

¹⁰ LOUZADA, Ana Maria. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <https://www.amagis.org.br/images/Artigos/Evolucao_do_conceito_de_familia.pdf> (Aput LÔBO, Paulo. Direito Civil – Famílias, São Paulo: ed. Saraiva, 2ª ed., 2009, p. 61) Acesso em: 09 out. 2023.

humanos convivem de forma harmoniosa e respeitável com os animais não-humanos, tratando-os como parte integrante da família. É perceptível que, diferentemente das sociedades conjugais anteriores, os laços sanguíneos e genéticos não são mais os únicos responsáveis pela formação de uma família, o afeto e a busca pela felicidade passaram a ser fatores determinantes na atual estruturação familiar brasileira¹¹.

Diante do exposto, percebe-se que a possibilidade do instituto da família multiespécies é um reflexo da revolução constitucional que ocorre no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, esta, que surge a partir do afeto, com animais de diferentes espécies (humanos e não humanos) com o desejo comum de partilhar uma vida feliz, sem qualquer interesse pecuniário ou em perpetuação compulsória da espécie, é totalmente oposta a arcaica formação familiar de décadas atrás.

2. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA NO BRASIL

Com o avanço do direito de família brasileiro e a desintegração da estrutura familiar patriarcal, impulsionadas principalmente pela Constituição Federal de 1988, observam-se grandes transformações na configuração das famílias, especialmente no que se refere às mulheres. Ao contrário de décadas passadas, quando eram criadas e educadas exclusivamente para o casamento e a maternidade, hoje elas conquistaram acesso e destaque em diversas áreas do mercado de trabalho. As antigas funções sociais atribuídas aos homens e mulheres se tornaram totalmente incoerentes na sociedade contemporânea. Nesse sentido, de acordo com Lopes, Dellazzana-Zanon e Boeckel:

Havia uma divisão clara de papéis: o homem era o provedor do lar, com autonomia para estabelecer regras e delegar funções e a mulher era a cuidadora doméstica, reclusa às atividades desenvolvidas unicamente dentro de casa. Atualmente, não se observa mais esta divisão, uma vez que a realidade da família de classe média dos séculos XIX e XX sofreu mudanças em relação aos papéis desempenhados por cada um de seus membros. Ao longo das últimas décadas, a mulher contemporânea vem acrescentando novas funções ao seu estilo de vida, assumindo, por exemplo, posições no mercado de trabalho, antes só ocupadas por homens¹².

Assim, percebe-se que, na contemporaneidade, a liberdade feminina tem um impacto direto na criação e educação dos filhos. Os papéis que antes eram rigidamente estabelecidos, com a mãe sendo responsável por cuidar sozinha de todas as necessidades da criança e o pai sendo o provedor, já não são mais adequados para a sociedade moderna. A sociedade

¹¹ FELIX e col. **A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais não-humanos**. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadescinovacao/article/view/7890>> Acesso em: 25 mar. 2023.

¹² LOPES, Manuela; DALLAZZANA-ZONON Letícia; BOECKEL Mariana. **A Multiplicidade de Papéis da Mulher Contemporânea e a Maternidade Tardia**. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v22n4/v22n4a18.pdf>> Acesso em: 11 out. 2023.

progrediu e agora é possível que a distribuição de tarefas relacionadas aos filhos não seja determinada pelo gênero dos pais.

Essa evolução sociocultural no que tange os direitos das mulheres e sua função na família e na educação dos filhos tem consequências significativas não apenas na divisão das responsabilidades dentro da constituição do casal, mas particularmente quando esse vínculo conjugal chega ao fim e é preciso estabelecer o papel dos pais na criação e educação dos filhos.

Com o advento do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se possível a dissolução da sociedade conjugal, anteriormente indisponível, e para os casais que geraram filhos, surgia o questionamento de quem seria responsável pela guarda dos filhos. Até 2014, a prática mais usual era a utilização da guarda unilateral, em que somente um dos pais era exclusivamente detentor do poder familiar, em contrapartida, ao outro restava somente o direito de visita e a possibilidade de fiscalização, algo que era negativo ao desenvolvimento das crianças, pois estudos demonstraram que as crianças necessitam de convívio e contato físico com ambos os pais, podendo a ausência disto causar marcas profundas na personalidade de crianças e jovens¹³. Nesse sentido, entendem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

[...] o instituto da guarda precisa estar vocacionado a servir à proteção integral menorista, com o propósito de preservar a integridade fisiopsíquica de crianças e adolescentes, assegurando-lhes seu crescimento e desenvolvimento completo, à salvo de ingerências negativas que possam ser proporcionadas no âmbito patrimonial ou pessoal pela ausência, omissão, abuso ou negligência dos genitores ou responsáveis. A guarda, assim, compreendida a partir da normatividade constitucional, deve cumprir uma importante função de ressaltar a prioridade absoluta do interesse menoril, contribuindo para evitar o abandono e descaso de pais ou responsáveis para com menores e para permitir-lhes um feliz aprimoramento moral, psíquico e social¹⁴.

Assim, houve a necessidade de modificar o padrão do estabelecimento da guarda, visto que a legislação brasileira preza pelo interesse e bem-estar dos menores. Essa modificação ocorreu com a implementação da Lei n.º 13.058/2014, que alterou os artigos 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil, tornando a guarda compartilhada o padrão adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, com o intuito de garantir a igualdade parental e o melhor interesse da criança. Nesse sentido, Paulo Lôbo prestigia o instituto da guarda compartilhada, afirmando que:

¹³ CHERULLI, Jaqueline. **A Guarda Compartilhada no Brasil**. Disponível em: <[¹⁴ FELIX e col. **A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais não-humanos**. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/7890>> Acesso em: 25 mar. 2023 \(Aput FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Família. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 694\).](https://ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil#:~:text=A%20guarda%20compartilhada%20come%20a%7ou%20a,a%20aplica%20a%7%C3%A3o%2C%20sempre%20que%20poss%20ADvel.> Acesso em: 08 jun. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude o poder familiar. Conseqüentemente, tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de “pais-defins-de-semana” ou de “mães-de-feriados”, que privam os filhos de suas presenças cotidianas ¹⁵.

Desse modo, com o instituto da guarda compartilhada, de um único núcleo familiar, surgem dois, o materno e o paterno, que devem dividir, de forma equilibrada, o poder familiar e o tempo de convivência com os menores, objetivando o melhor interesse da criança, lhe ofertando uma convivência plena com ambos os pais ¹⁶. É importante salientar que, a guarda compartilhada não afasta o dever de prestar alimentos, como ressaltado no Acórdão n.º 966858, em que afirma o relator José Divino, da 6ª Turma Cível do TJDF:

Ambos os genitores possuem o inarredável dever de contribuir para o sustento dos filhos, fornecendo-lhes assistência material e moral, a fim de prover suas necessidades com alimentação, vestuário, educação e tudo o mais que se faça imprescindível para a manutenção e sobrevivência deles e que a guarda compartilhada não afasta a obrigação alimentar ¹⁷.

Como demonstrado, o instituto da guarda compartilhada veio para garantir a melhor convivência dos filhos com seus pais após a dissolução da sociedade conjugal e também garantir a ambos os genitores a possibilidade de convivência plena com seus filhos. É possível observar que tal instituto objetiva uma convivência sem prejuízos a nenhum dos membros da família que se desmembrou, tendo como intuito a participação em nível de igualdade dos genitores nas decisões relacionada aos filhos, sem qualquer prejuízo ou privilegio de nenhuma das partes, além da justa contribuição dos pais, na saúde, educação, segurança e demais elementos necessários na formação saudável de uma criança, até que esta atinja a capacidade plena.

Ressalta-se que, apesar de a guarda compartilhada ser utilizada como regra, ela não é o único instituto de guarda de menores no Brasil. Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, existem três tipos de guarda: a guarda compartilhada, a guarda unilateral e a guarda alternada. A guarda compartilhada, como demonstrado, é considerada a ideal, pela divisão de deveres e responsabilidades em iguais porcentagens pelos genitores. A guarda unilateral,

¹⁵ FELIX e col. **A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais não-humanos**. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/7890>> Acesso em: 25 mar. 2023 (Aput LÓBO, Paulo Luiz Neto. A personalização das relações de família. Texto revisto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun.-jul., 2018, p.137).

¹⁶ CHERULLI, Jaqueline. **A Guarda Compartilhada no Brasil**. Disponível em: <[¹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – **TJDF** - Acórdão n. 966258, 20150110826544APC, Relator: JOSÉ DIVINO, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 14/9/2016, Publicado no DJE: 20/9/2016, p. 276/308. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2016/informativo-de-jurisprudencia-n-337/guarda-compartilhada-2013-impossibilidade-de-exoneracao-de-alimentos#:~:text=br%2Flogo.png>> Acesso em: 08 jun. 2023.](https://ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil#:~:text=A%20guarda%20compartilhada%20come%C3%A7ou%20a,a%20aplica%C3%A7%C3%A3o%2C%20sempre%20que%20poss%C3%ADvel.> Acesso em: 08 jun. 2023.</p>
</div>
<div data-bbox=)

por sua vez, é aquela em que apenas um dos genitores é responsável pela guarda e cuidados do filho. Nesse caso, o outro genitor pode ter direito a visitas regulares, mas não participa das decisões do dia a dia; essa modalidade é mais comum quando há conflitos entre os pais ou quando um deles não demonstra capacidade para cuidar do filho de forma adequada. Por fim, tem-se a guarda alternada, que é a modalidade em que o menor passa períodos igualmente divididos entre os genitores, está é vista como prejudicial para a criança, pois esta não teria um referencial básico de moradia, hábitos e alimentares, podendo comprometer a sua estabilidade física e emocional¹⁸.

Nesse contexto, em que se pretende uma convivência plena e livre de prejuízos para os membros da família, observa-se que é plenamente possível a aplicação do instituto da guarda compartilhada as famílias multiespécies, pois esta, como qualquer outra família, é dotada de afeto quando na sociedade conjugal e quando a dissolução, é necessário buscar a adoção de institutos que causem o menor prejuízo possível aos membros da família.

3. APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA GUARDA COMPARTILHADA AOS ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO

Na sociedade brasileira contemporânea, tem se tornado cada vez mais comum os casais não desejarem filhos, biológicos ou adotados, muitas vezes por não se identificarem com os papéis que decorrem da criação de crianças e outras vezes por preocupação com o futuro, a cada dia mais incerto, tanto no campo econômico, quanto no campo ambiental, que está a cada dia mais caótico. O crescente aumento das preocupações com as mudanças climáticas tem despertado a consciência de diversos casais para a responsabilidade de não contribuir para um aumento desenfreado da população humana e o esgotamento dos recursos naturais. Uma pesquisa de abrangência internacional revelou que no Brasil, 48% dos jovens brasileiros entre 16 e 25 anos têm receio em ter filhos devido às mudanças climáticas¹⁹.

Outro fator importante, sem dúvidas, é a liberdade pessoal e a liberdade do casal, a sociedade atual tem valorizado cada vez mais a autonomia e a realização pessoal, e muitos casais optam por não ter filhos, para poderem desfrutar de uma maior liberdade em suas vidas; em muitos casos, esses casais, optam por adotar animais de estimação, sejam gatos, cachorros, coelhos ou outras espécies de animais, a quem carinhosamente os chamam de filho. A responsabilidade de cuidar de um animal acaba sendo mais flexível e menos restritiva

¹⁸ ARAUJO, Fernando. **Guarda compartilhada X Guarda alternada, delineamentos teóricos e práticos.** Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada/153703170#:~:text=A%20guarda%20alternada%2C%20permanecendo%20o,prejudicando%20seu%20normal%20desenvolvimento%2C%20por> Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁹ Mudança climática afeta decisão de jovens brasileiros sobre ter filhos, diz pesquisa internacional. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/0/14/mudanca-climatica-afeta-decisao-de-jovens-brasileiros-sobre-ter-filho-diz-pesquisa-internacional.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2023.

do que a criação de um filho, permitindo que o casal mantenha seu estilo de vida e realize seus projetos individuais. Daí advém a família multiespecies, configuração familiar possibilitada pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, Marianna Chaves explica que esse tipo de família tem se tornado habitual, na atual configuração social:

Há casais que se unem e simplesmente não desejam procriar, não desejam possuir descendência humana. Mas ‘adotam’ cachorros, gatos e outros tipos de animais domésticos a quem carinhosamente chamam de ‘filhos’ e tratam como se sua prole fosse. Em seu íntimo, sentem-se exercitando a parentalidade em relação a seres que não são humanos²⁰.

Dentro desse contexto, salienta-se que esta configuração familiar tende a não enxergar os animais de estimação como propriedade da família, mas sim como verdadeiros membros, a quem os integrantes humanos dedicam tempo, recursos financeiros, amor, atenção, em síntese, tudo aquilo que for necessário para tornar a vida do animal a melhor possível, até mesmo alguns cartórios permitem que os pets tenham o sobrenome do tutor reconhecido em certidão²¹. Este modelo familiar tem como princípio basilar o afeto, que sobressai os vínculos biológicos e genéticos não existentes.

Ressalta-se que, a família multiespécies não é composta apenas por casais que não desejam ter filhos, biológicos ou adotados, ela também se constitui de casais que desejam a maternidade/paternidade e os bichinhos são tratados como irmãos das crianças. É comum observar em diversas redes sociais a convivência entre os animais de estimação e crianças, ambos sendo tratados como filhos e respectivamente irmãos. Este modelo familiar tem se tornado tão habitual, que existem mercados especializados voltados inteiramente para atender esta demanda, seja comercializando roupas combinando para os irmãos multiespécies, ou até mesmo a produção de alimentos que possam ser consumidos por ambos.

É perceptível que a família multiespécies tornou-se um modelo comum na atual configuração social brasileira e quando os casais que compõe esta configuração familiar decidem por dissolver a sociedade conjugal, surge o dilema de quem ficará com os animais que compunham este núcleo familiar e quando não há uma decisão consensual, é demandado ao judiciário decidir.

Considerando essa nova realidade, os Tribunais têm enfrentado a ausência de legislação específica referente a esse assunto e as decisões proferidas têm apresentado

²⁰ CHAVES, Marianna. **Disputa de Guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?** Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/relu/article/view/4066/2788>> Acesso em: 23 mar. 2023.

²¹ Os cartórios agora permitem que os pets tenham o sobrenome do tutor reconhecido em certidão. Só Notícia Boa, 2023. Disponível em: <https://www.sonoticiabo.com.br/2023/08/29/cartorios-registram-pets-com-sobrenome-do-tutor-no-brasil-e-simples> Acesso em: 14 out. 2023.

divergências, sobretudo pelo fato de que, apesar dos avanços na relação entre os seres humanos e os animais de diferentes espécies, a legislação brasileira ainda os considera como objetos e não como seres sencientes. Nesse sentido, Espanholi é pertinente ao afirmar que:

Apesar do atual Código Civil de 2002 ter sido elaborado segundo as diretrizes da Constituição Federal de 1988, a visão do animal diante do Direito permaneceu como no Código Civil anterior, tratando os animais como mero objetos e classificando-os como coisa, mesmo restando comprovado que os animais, assim como os humanos, são seres dotados de sentimentos. (...) Todos os dias, em razão do status jurídico do animal em nosso ordenamento jurídico, o judiciário enfrenta dificuldades para decidir sobre o tema nos casos de separações litigiosas. Conforme o Código Civil, o animal de estimação confunde-se ao patrimônio do casal, igualando-se a um bem material, como uma casa ou um carro, porém, o laço afetivo entre os animais e seus donos vai muito além disso, uma vez que são considerados como membros da família, portanto, um bem que não pode ser dividido²².

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, no informativo de jurisprudência n.º 349 de 2017, é um exemplo dos Tribunais que se recusam a aplicar institutos do direito de família em questões de disputas de animais domésticos, pois esses seriam apenas bens e deveriam ser tratados como tal. O informativo de jurisprudência n.º 349, é oriundo de um agravo de instrumento interposto pela autora contra decisão de primeira instância da vara de família que indeferiu o pedido de tutela antecipada para a guarda compartilhada de seus cães, adotados durante a vigência de suposta união estável. A requerente considerava que seus cães eram membros de sua família e solicitou a guarda compartilhada destes, entretanto, o Tribunal, assim como a decisão de primeira instância, seguiu terminantemente a legislação vigente sem considerar o caso concreto, justificando que:

regime jurídico da responsabilização conjunta pelos filhos, atribuindo aos pais que não vivem sob o mesmo teto o exercício concomitante do poder familiar sobre a prole comum. Os animais de estimação, por sua vez, por se tratarem de bens semoventes, segundo o art. 82 do Código Civil, integram o patrimônio dos conviventes e, por essa razão, deverão ser incluídos no grupo de bens para partilha, na forma do art. 1.725 do mesmo diploma, caso seja comprovado que foram adquiridos pelo esforço comum e no curso da relação²³.

Essa mesma compreensão também se manifestou no Tribunal de Justiça de São Paulo que, ao seguir a perspectiva de que os animais domésticos são propriedades da família e não integrantes dela, decidiu que a Vara de Família não tem competência para analisar o caso, uma vez que se trata de disputa por animais.

²² ESPANHOLI, I. M. A GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS COM A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, [S. l.], v. 29, n. 1, p. 15, 2023. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/1154>> Acesso em: 15 out. 2023.

²³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – TJDFT. **Informativo de jurisprudência n.º 349**. Disponível em: < <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-349/guarda-compartilhada-de-animal-de-estimacao-impossibilidade-juridica>> Acesso em: 15 out. 2023.

EMENTA: GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAL. C.C. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - Extinção, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 485, inc. I e IV do CPC – Ação proposta perante o juízo da Vara de família – Declinação da competência e remessa dos autos à Vara Cível – **Questão restrita à semovente** possuído em condomínio entre as partes – Matéria disciplinada nos artigos 82, 1.199, 1.320 e 1.321, todos do Código Civil – **Necessidade de instrução processual, a fim de demonstrar a aquisição do animal na constância do casamento** – Sentença anulada – Remessa dos autos à uma das Varas Cíveis do Foro Regional de Santana – Recurso prejudicado (Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP – Apelação Cível: AC XXXXX-78.2020.8.26.0001 SP XXXXX – 78.2020.8.26.0001. Grifo nosso)²⁴.

Contudo, a maioria dos tribunais consideram que já não é possível tratar os animais domésticos como propriedades. É o que ocorreu no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que, em sede de apelação cível, ao tratar de partilha de bens que incluía os animais de estimação como parte dos bens, o relator salientou que isto retratava um retrocesso, tendo decidido que:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIVÓRCIO C/C PARTILHA - PARTILHA DE BENS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - NECESSIDADE - PARTILHA DE BENS MÓVEIS DA RESIDÊNCIA - PROPRIEDADE - ASUÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - GUARDA COMPARTILHADA DE CÃES - POSSIBILIDADE - O art. 1.658, do Código Civil prevê que, se tratando de comunhão parcial de bens, necessária a partilha de bens adquiridos na constância da relação conjugal - Os bens eventuais bens que guarnecem a residência em que o casal residia devem ser partilhados, desde que comprovadas suas existência e propriedade - **Quanto aos animais de estimação, retrocesso entender que são meros bens materiais ou semoventes. Nos dias atuais, os animais de estimação são considerados membros integrantes da família (família multiespécie)** - Certo que, no caso dos autos, denota-se que, antes do casamento, o 1º apelado já detinha de um cachorro, com o advento de outros cães, estes integram de forma social ao cão já existente, sendo cruel a separação dos animais - **Ainda, como dito, há uma interação pessoal significativa, dos animais de estimação com os humanos. Assim, no caso dos autos, não há que se falar em partilha, não sendo meros objetos, e sim assegurar a guarda compartilhada ao 1º apelante.** (TJ-MG - AC: XXXXX20328439001 MG, Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 02/12/2022, Câmaras Especializadas Cíveis / 8ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 06/12/2022. Grifo nosso)²⁵.

Nesse sentido, o IBFFAM, em seu Enunciado 11, tem orientado que, “no processo de dissolução do matrimônio ou união estável, o juiz tem a prerrogativa de estabelecer a guarda compartilhada do animal de estimação do casal”²⁶. Considerando que matéria em questão é bastante semelhante com as discussões de guarda e visitação de menores, alguns

²⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – TJ- SP Apelação Cível: AC XXXXX-78.2020.8.26.0001 SP XXXXX – 78.2020.8.26.0001. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1291779559>> Acesso em: 09 jun. 2023.

²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – TJ-MG - Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 02/12/2022, Câmaras Especializadas Cíveis / 8ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 06/12/2022. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1717569934>> Acesso em: 09 jun. 2023.

²⁶ Enunciados doutrinários do IBDFAM - 2022/2023 [livro eletrônico] / coordenação Marcos Ehrhardt Junior ; prefácio Rodrigo da Cunha Pereira. -- 1. ed. -- Belo Horizonte, MG : Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2022. Disponível em: <[https://ibdfam.org.br/upload/ebook/ebook_enunciados.pdf#:~:text=\(C%C3%A2mara%20Brasileira%20do%20Livro%2C%20SP,de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%2C%202022](https://ibdfam.org.br/upload/ebook/ebook_enunciados.pdf#:~:text=(C%C3%A2mara%20Brasileira%20do%20Livro%2C%20SP,de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%2C%202022)> Acesso em: 14 out. 2023

tribunais têm entendido que compete as varas de família o julgamento relacionado aos casos de guarda de animais domésticos.

Conflito de competência. **Ação de regulamentação de guarda e convivência de animal doméstico.** Possibilidade. A despeito da natureza jurídica conferida aos animais pelo Código Civil, não há como desconsiderar o valor subjetivo envolvido no contexto familiar. **Divergência quanto ao vínculo afetivo entre o animal doméstico e seus donos a ser apreciado pela Vara da Família em caso de divórcio ou dissolução da união estável.** Precedentes. Conflito precedente. Competência do Juízo da 3ª Vara da Família e Sucessões da Comarca de São José dos Campos, ora suscitante. (TJSP, Conflito de competência cível 0052856-77.2019.8.26.000, Rel. Des. Xavier de Aquino (Decano), Câmara Especial, julgado em 01/04/2020. Grifo nosso)²⁷.

Assim, percebe-se que, se tem caminhado para o entendimento que os animais de estimação fazem parte das famílias contemporâneas e que tratar estes como meros objetos quando ocorre a dissolução da entidade conjugal é um retrocesso. E apesar disso, alguns tribunais ainda se apegam a ideia de que animais são apenas semoventes e não seres sencientes, passíveis de sentimentos, fundamentando suas decisões na legislação civil atual, que em relação a essa matéria pode ser considerado extremamente arcaica e em divergência com as atuais demandas sociais. Nesse sentido, Maria Berenice Dias ensina que:

A guarda é um instituto que trata da posse de fato de pessoas incapazes. Mas, em face da semelhança com o conflito sobre a convivência com os filhos, possível a aplicação analógica dos mesmos dispositivos legais (CC 1.583 a 1.590). Na disputa pela guarda, a simples demonstração da propriedade do animal não é suficiente para a concessão de sua guarda, pois, muitas vezes, a relação afetiva estabelecida entre o não proprietário e o animal é mais forte e saudável. Os envolvidos, portanto, devem demonstrar quem possui melhores condições para a criação do animal²⁸.

A sociedade contemporânea tem passado por avanços significativos de maneira muito veloz e as legislações não conseguem acompanhar suas demandas de forma satisfatória. Por isso, o judiciário assume a responsabilidade de decidir as disputas atuais, utilizando a legislação em vigor, mas levando em consideração as particularidades de cada caso. Em relação à família multiespécie, os tutores que necessitam da intervenção do judiciário para decidir suas reivindicações, não desejam que seus animais sejam tratados como objetos, mas sim como seres de sentimentos e direitos. Além disso, a relação entre humanos e animais domésticos evoluiu a tal ponto, que as decisões que tratam animais como coisa, podem ser consideradas extremamente falhas.

²⁷ TJSP, Conflito de competência cível 0052856-77.2019.8.26.000, Rel. Des. Xavier de Aquino (Decano), Câmara Especial, julgado em 01/04/2020. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/827844382>> Acesso em: 15 out. 2023.

²⁸ FELIX e col. **A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais não-humanos.** Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/7890>> Acesso em: 25 mar. 2023 (Aput DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 415).

Ressalta-se que, a necessidade de alterar substancialmente a forma que a legislação civil trata os animais, em especial os domésticos, é tão socialmente urgente que atualmente está em andamento o Projeto de 1806/2023, o qual visa alterar o Código Civil e regulamentar a guarda compartilhada de animais de estimação em casos de separação conjugal. Atualmente, a proposta está em tramitação e será avaliada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania²⁹.

Nesse contexto, é evidente que o Projeto de Lei é extremamente recente e ainda está em tramitação, exigindo, neste interlúdio, que os tribunais analisem a aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação, verificando cada caso concreto e aplicando de forma adequada e satisfatória a legislação vigente, satisfazendo a necessidade daqueles que fazem parte da família multiespécie e buscam o judiciário para solucionar suas demandas.

Ademais, o Decreto-Lei n.º 4.657/1942 (LINDB), em seu art. 4º disciplina que, quando (enquanto) a lei for omissa, o juiz decidirá o caso conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito³⁰, portanto, ante a omissão legislativa quanto a guarda de animais, é plenamente possível que os juízes e tribunais se utilizem da analogia com a guarda compartilhada de menores para tomar decisões referente a guarda compartilhada de animais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, o presente artigo buscou demonstrar que ao longo dos séculos, a estrutura familiar brasileira passou por várias mudanças. Anteriormente, o conceito de família era restrito àquela constituída pelo casamento, seja civil ou religioso, atualmente, tornou-se plúrima, comportando diversos modelos e estruturas familiares, isso principalmente em decorrência da promulgação da Constituição Federal de 1988, que acolheu todos os tipos de família sem fazer distinção entre eles, dando-lhes segurança jurídica, algo que anteriormente era exclusivo das famílias matrimoniais.

Demonstrou que essa evolução, não se limitou apenas ao conceito de família, a sociedade conjugal também sofreu mudanças significativas, especialmente com as conquistas de direitos pelas mulheres. Antes, elas eram tratadas como meros objetos capazes apenas de procriar e educar os herdeiros, passando da posse do pai para a do marido no momento do casamento, agora elas têm a liberdade de trabalhar e assumir funções importantes, além da

²⁹ Projeto prevê guarda compartilhada de animais domésticos em caso de divórcio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1012158-projeto-preve-guarda-compartilhada-de-animais-domesticos-em-caso-de-divorcio/> Acesso em 18. jan. 2024.

³⁰ BRASIL. Decreto-lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre as normas de introdução ao direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm Acesso em: 14 out. 2023.

maternidade. Isso alterou significativamente a dinâmica familiar e com o advento do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, os casais que geravam filhos, tinham a preocupação com quem ficariam essas crianças após a separação. Foi em busca de apresentar a melhor solução para os membros da família que se dissolveu e principalmente o melhor interesse da criança, que o legislador brasileiro chegou à conclusão que, o instituto de guarda mais adequado seria o da guarda compartilhada, sendo este a regra adotada pela legislação civil vigente.

Ademais, evidenciou que a partir da evolução da relação entre seres humanos e animais de estimação, surgiu a família multiespécie, que apesar de não existir nenhuma legislação a respeito, é um modelo de família extremamente recorrente na sociedade brasileira. Ante a sua recorrência, surgem diversos conflitos de quem será a guarda dos animais quando esta configuração familiar chega ao fim. Nesse contexto existem diversas decisões jurisprudências e apesar de alguns tribunais ainda adotarem a visão retrógrada de animais são apenas objetos desprovidos de sentimentos, a maioria da jurisprudência tem se caminhado para o entendimento que animais são seres sencientes e devem ser tratados de forma humanitária, buscando o melhor interesse destes, quando as famílias das quais eles fazem parte se dissolvem.

Ante a omissão legislativa em tratar o assunto, cabe ao judiciário, ao responder às demandas sociais que chegam para sua apreciação sobre esse tema, a tarefa de analisar cada caso específico e aplicar a legislação vigente em acordo com a situação real, buscando o melhor interesse da família multiespécie, tanto dos membros humanos quanto dos membros não humanos.

Este artigo também demonstrou que devido à omissão legislativa, o judiciário pode aplicar, por analogia o instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação, pois esse é um anseio social daqueles que buscam o judiciário para resolver suas demandas oriundas da dissolução da sociedade conjugal. Foi comprovado, mediante jurisprudências e doutrina, que a aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais de estimação é plenamente possível, sendo esta a decisão menos prejudicial para a família que se desmembrou e a que mais condiz com a sociedade contemporânea e suas demandas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando. **A Homossexualidade e o Princípio constitucional da igualdade**. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20230201130020/http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/69>. Acesso em: 09 de out. 2023.

ARAUJO, Fernando. **Guarda compartilhada X Guarda alternada, delineamentos**

teóricos e práticos. Jusbrasil, 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/guarda-compartilhada-x-guarda-alternada/153703170#:~:text=A%20guarda%20alternada%2C%20permanecendo%20o,prjudicando%20seu%20normal%20desenvolvimento%2C%20por> Acesso em: 15 out. 2023.

BARRETO, Luciano. **Evolução Histórica e Legislativa da Família**. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf. Acesso em: 06 de jun. 2023.

BELCHIOR, Germana e DIAS, Maria Ravelly. **A Guarda Responsável dos Animais de Estimação na Dissolução da União Estável**. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/49001>. Acesso em 8 out. 2023.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Dispõe sobre as normas de introdução ao direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 14 out. 2023.

CHAVES, Marianna. **Disputa de Guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie?** Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066/2788>. Acesso em: 23 mar. 2023.

CHERULLI, Jaqueline. **A Guarda Compartilhada no Brasil**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1026/A++Guarda+Compartilhada+no+Brasil#:~:text=A%20guarda%20compartilhada%20come%C3%A7ou%20a,a%20aplica%C3%A7%C3%A3o%2C%20sempre%20que%20poss%C3%ADvel..> Acesso em: 08 jun. 2023.

Enunciados doutrinários do IBDFAM - 2022/2023 [livro eletrônico] / coordenação Marcos Ehrhardt Junior ; prefácio Rodrigo da Cunha Pereira. -- 1. ed. -- Belo Horizonte, MG : Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2022. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/upload/ebook/ebook_enunciados.pdf#:~:text=\(C%C3%A2mara%20Brasileira%20do%20Livro%2C%20SP,de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%2C%202022](https://ibdfam.org.br/upload/ebook/ebook_enunciados.pdf#:~:text=(C%C3%A2mara%20Brasileira%20do%20Livro%2C%20SP,de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia%2C%202022). Acesso em: 14 out. 2023.

ESPANHOLI, I. M. A GUARDA COMPARTILHADA DE ANIMAIS DOMÉSTICOS COM A RUPTURA DA VIDA CONJUGAL. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, [S. l.], v. 29, n. 1, p. 15, 2023. Disponível em: <https://revistas.direitosbc.br/fdsbc/article/view/1154>. Acesso em: 15 out. 2023.

FELIX e col. **A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais não-humanos**. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/7890>. Acesso em: 25 mar. 2023 (Aput DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 415).

FELIX e col. **A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais não-humanos**. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/7890>. Acesso em: 25 mar. 2023 (Aput FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Família**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 694).

FELIX e col. **A aplicação do instituto da guarda compartilhada aos animais não-humanos.** Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/7890>. Acesso em: 25 mar. 2023 (Aput LÔBO, Paulo Luiz Neto. A repersonalização das relações de família. Texto revisto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, n. 24, jun.-jul., 2018, p.137).

GARCIA, Felícia. **A evolução do direito das famílias e da condução de seus conflitos: novos desafios para a sociedade.** Disponível em: <https://praticascolaborativas.com.br/wp-content/uploads/2019/10/A-evolucao-do-direito-das-familias-e-da-conducao-de-seus-conflitos.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2023.

LOPES, Manuela; DALLAZZANA-ZONON Letícia; BOECKEL Mariana. **A Multiplicidade de Papéis da Mulher Contemporânea e a Maternidade Tardia.** Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v22n4/v22n04a18.pdf>. Acesso em: 11 out. 2023.

LOUZADA, Ana Maria. **Evolução do conceito de família.** Disponível em: https://www.amagis.org.br/images/Artigos/Evolucao_do_conceito_de_familia.pdf. (Aput LÔBO, Paulo. Direito Civil – Famílias, São Paulo: ed. Saraiva, 2ª ed., 2009, p. 61) Acesso em 09. out. 2023

Mudança climática afeta decisão de jovens brasileiros sobre ter filhos, diz pesquisa internacional. G1, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/0/14/mudanca-climatica-afeta-decisao-de-jovens-brasileiros-sobre-ter-filho-diz-pesquisa-internacional.ghtml>. Acesso em: 12 out. 2023.

PAIXÃO, Gabriela e COSTA, Juliane. **A Evolução da União Estável no Brasil e a Recente Equiparação com o Casamento para Fins Sucessórios.** Disponível em: <https://www.unoeste.br/site/enepe/2017/suplementos/area/Socialis/01%20-%20Direito/A%20EVOLU%20%C3%87%20%C3%83O%20DA%20UNI%20%C3%83O%20EST%20%C3%81VEL%20NO%20BRASIL%20E%20A%20RECENTE%20EQUIPARA%20%C3%87%20%C3%83O%20COM%20O%20CASAMENTO%20PARA%20FINS%20SUCESS%20RIOS.pdf>. Acesso em: 10 out. 2023.

PEREIRA, Rodrigo. **Princípios Fundamentais e Norteadores para Organização Jurídica da Família.** Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.+Rodrigo+da+Cunh%3Bsessionid=CBED553D7925435C775270BAFC625739?sequence=1. Acesso em: 07 out. 2023.

Projeto prevê guarda compartilhada de animais domésticos em caso de divórcio. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/1012158-projeto-preve-guarda-compartilhada-de-animais-domesticos-em-caso-de-divorcio/> Acesso em 18. jan. 2024.

Os cartórios agora permitem que os pets tenham o sobrenome do tutor reconhecido em certidão. Só Notícia Boa, 2023. Disponível em: <https://www.sonoticiaboa.com.br/2023/08/29/cartorios-registram-pets-com-sobrenome-do-tutor-no-brasil-e-simples> Acesso em: 14 out. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – **TJDFT** - Acórdão n. 966258, 20150110826544APC, Relator: JOSÉ DIVINO, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 14/9/2016, Publicado no DJE: 20/9/2016, p. 276/308. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2016/informativo-de-jurisprudencia-n-337/guarda-compartilhada-2013-impossibilidade-de-exoneracao-de-alimentos#:~:text=br%2Fflogo.png>. Acesso em: 08 jun. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS – **TJDFT**. **Informativo de jurisprudência nº349**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2017/informativo-de-jurisprudencia-n-349/guarda-compartilhada-de-animal-de-estimacao-impossibilidade-juridica>. Acesso em: 15 out. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – **TJ-MG** - Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 02/12/2022, Câmaras Especializadas Cíveis / 8ª Câmara Cível Especializada, Data de Publicação: 06/12/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1717569934>. Acesso em: 09 jun. 2023.

TJSP, Conflito de competência cível 0052856-77.2019.8.26.000, Rel. Des. Xavier de Aquino (Decano), Câmara Especial, julgado em 01/04/2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/827844382>. Acesso em: 15 out. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – **TJ- SP** Apelação Cível: AC XXXXX-78.2020.8.26.0001 SP XXXXX – 78.2020.8.26.0001. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1291779559>. Acesso em: 09 jun. 2023.

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: REFLEXÕES SOBRE A RESPOSTA DA LEI PENAL PORTUGUESA¹

The Domestic Violence: Reflections On The Response Of Portuguese Criminal Law

Diana Simas²

Universidade Lusófona de Lisboa

E-mail: diana_simas@hotmail.com

Alexandra Reis³

Universidade Lusófona de Lisboa

E-mail: alexandra.figueteis@gmail.com

Patrícia Barros⁴

Universidade Lusófona de Lisboa

E-mail: patihbarros@gmail.com

Resumo: A evolução legislativa a qual veio a estruturar o artigo 152º, como aplicado nos dias de hoje, reflete a intenção do legislador, especialmente, na prevenção e repressão do crime de violência doméstica. Na tentativa de punir condutas que ultrapassam as fronteiras das relações intrafamiliares, quando se entende pela desnecessidade da coabitação para configurar o crime de violência doméstica, já resta claro o afastamento de uma ideia inicial de proteção à instituição família, distanciando assim a relação do bem jurídico tutelado como sendo exclusivamente as relações familiares, mas sim um conjunto de comportamentos que vai além da saúde da vítima e que protege outros bens tais como a integridade física, psíquica, moral, econômica, liberdades pessoal, sexual e a própria honra. As sucessivas alterações legislativas decorrentes da evolução operada no cerne destas relações, teve a preocupação de punir condutas que se utilizam da confiança com a vítima e, até mesmo que exercem o poder de controlo sobre esta, com a intenção de degradar ou humilhar. Para que o combate contra o crime de violência doméstica se torne eficaz torna-se essencial a sensibilização social, porém, do ponto de vista político-criminal, a atenção deve dirigir-se para a *proteção da vítima e a ressocialização do agressor*, através da implementação de sistemas robustos de fiscalização das penas acessórias e programas de intervenção junto dos agressores que se demonstrem capazes e eficientes, respetivamente.

Palavras-chave: Violência Doméstica ; Evolução Legislativa ; Bem Jurídico ; Penas acessórias; Ressocialização.

Abstract: The legislative evolution that has come to structure article 152º as it is applied today reflects the legislator's intention, especially in preventing and repressing the crime of domestic violence. In the attempt to punish conduct that goes beyond the boundaries of intra-family relations, when it is understood that cohabitation is not necessary to constitute the crime of domestic violence, it is already clear that the initial idea of protecting the family institution has been removed, thus distancing the relationship from the legal asset protected as being exclusively family relations, but rather a set of behaviors that goes beyond the victim's health and protects other assets such as physical, psychological, moral, economic integrity, personal and sexual freedoms and honor itself.

¹ O trabalho aqui vertido insere-se no âmbito do projecto «A violência doméstica: uma reflexão multidisciplinar para além do crime», desenvolvido pelo Centro de Estudos Avançados em Direito (CEAD) Francisco Suárez da Universidade Lusófona e financiado pelo Instituto Lusófono de Investigação e Desenvolvimento (ILIND).

² Doutoranda em Direito com Menção em Direito Penal pela Universidade Lusófona de Lisboa; Mestre em Ciências Jurídico Criminais pela mesma instituição; Professora Assistente da Universidade Lusófona; Investigadora do CEAD Francisco Suárez. Endereço eletrónico: diana_simas@hotmail.com.

³ Mestranda em Direito com especialização em Ciências Jurídico Forense pela Universidade Lusófona de Lisboa; Pós-graduada em Criminologia e Investigação Criminal pela Universidade Lusófona de Lisboa; Investigadora do CEAD Francisco Suárez. Endereço eletrónico: alexandra.figueteis@gmail.com.

⁴ Mestranda em Direito com especialização em Ciências Jurídico Forense pela Universidade Lusófona de Lisboa; Especialista em Direitos Fundamentais e Acesso a Justiça - Universidade de Pisa, Itália; Investigadora do CEAD Francisco Suárez. Endereço eletrónico: patihbarros@gmail.com.

The successive legislative changes resulting from the evolution at the heart of these relationships have been concerned with punishing conduct that uses trust with the victim and even exercises power of control over them, with the intention of degrading or humiliating them.

In order for the fight against the crime of domestic violence to become effective, it is essential to raise social awareness, but from a political-criminal point of view, attention must be focused on protecting the victim and re-socializing the aggressor, by implementing robust systems for monitoring accessory sentences and intervention programs for aggressors that prove to be capable and efficient, respectively.

Keywords: Domestic Violence ; Legislative Evolution ; Legal Good ; Accessory Sentences ; Resocialization.

1. APROXIMAÇÃO

De acordo com a informação disponível nas *Estatísticas da Justiça*⁵, relativamente aos processos crimes nos tribunais judiciais de 1.^a instância, em Portugal, no ano de 2022, foram registadas 1530 condenações pela prática de violência doméstica contra cônjuge ou pessoa em relação análoga, 76 condenações pela prática de violência doméstica contra menores e 380 condenações pela prática de outro tipo de violência doméstica.

Perante estes dados estatísticos, parece haver fundamento para dizer que a violência doméstica continua sendo, entre nós, um problema social grave, que desafia o bom funcionamento do sistema da justiça criminal. E que, por outro lado, aponta para a necessidade de uma adequada compreensão das normas jurídico-penais aplicáveis, bem como para o seu eventual aperfeiçoamento.

No que diz respeito à adequada compreensão das normas jurídico-penais aplicáveis, a tarefa interpretativa não é facilitada pelo actual estado do Direito Positivo. Com efeito, *de lege lata*, com a progressiva expansão do seu âmbito de alcance, a incriminação hoje vertida no artigo 152.º do Código Penal contempla uma miríade de situações dificilmente reconduzíveis a um denominador comum. Nem mesmo o qualificativo «doméstico» para fazer sentido na caracterização jurídico-penal dos fenómenos ali incluídos.

Neste cenário, antes de qualquer exercício crítico, é preciso perceber, *de iure condito*, até onde vai a malha de protecção hoje contida no artigo 152.º do Código Penal. Para tanto, é imperioso sinalizar as linhas essenciais que orientaram a evolução do tratamento legislativo dado à matéria no Direito nacional, em particular o processo de autonomização do crime de violência doméstica em face do crime de maus-tratos entre cônjuges (itens 2 e 3). Não menos importante será também a identificação do bem jurídico protegido, bem como a análise dos comportamentos que constituem a factualidade tipicamente relevante (item 4). Tudo isso sem perder de mira o específico regime sancionatório enunciado pelo legislador (item 5).

⁵ Estatísticas da Justiça, disponível em: <https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt> (acesso em 24.01.2024).

2. A CONVENÇÃO DE ISTAMBUL E A OPÇÃO DO LEGISLADOR NACIONAL

Na sua actual redacção, o artigo 152.º do Código Penal pune quem, *de modo reiterado ou não*, infligir maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais ou impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns: ao cônjuge ou ex-cônjuge, a pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação de namoro ou um relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação, a progenitor de descendente comum em primeiro grau, a pessoa particularmente indefesa, em razão da idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite e a menor que seja seu descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a), b) e c), ainda que com ele não coabite (n.º 1).

Enquanto categoria jurídico-penal, o crime de violência doméstica — tal como hoje o conhecemos — só mereceu a devida atenção internacional e nacional em meados da década de 70 do século passado, altura em que surgem os instrumentos legislativos dedicados ao tema. Até então considerava-se que aquele fenómeno pertencia à reserva da vida privada, transitando fora do âmbito da ingerência do Estado. Encontrava-se “firmada no colectivo social a convicção de que os «problemas» ocorridos na família, eram «resolvidos» no seu interior e, assim, silenciados e tidos como inexistentes aos olhos de terceiros”⁶.

Porém, alteradas as valorações sociais, esta matéria acabou por adquirir a importância suficiente para justificar a intervenção das instâncias internacionais e nacionais, com evolução considerável da legislação internacional e nacional pertinente. Sem prejuízo de outros relevantes momentos nesta evolução⁷, a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica, comumente designada por *Convenção de Istambul*⁸, representa o grande marco normativo para o desenvolvimento mais recente na resposta do Direito Penal ao fenómeno da violência doméstica.

Em seu preâmbulo, são reconhecidos vários traços da violência doméstica enquanto facto relevante na perspectiva do Direito Penal. Entre eles, a circunstância de as pessoas do sexo feminino estarem tendencialmente mais expostas — na comparação com as pessoas do

⁶ Cf. Alexandra VILELA, «A propósito do designado ‘Direito Penal da Família’», *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Volume I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 55.

⁷ Designadamente a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979) e o respectivo Protocolo Opcional (2000), ambos ratificados pelo Estado português. Estes instrumentos de Direito Internacional não chegaram a tratar expressamente da violência doméstica. Contudo, tratou-se de um primeiro e importante passo no sentido da tematização jurídica daquele fenómeno. De resto, o Comité responsável pelo acompanhamento da aplicação da Convenção tem entendido que a violência contra as mulheres (ou «violência de género») está proibida neste diploma, por constituir uma espécie de discriminação. Veja-se a informação disponível em <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/> (acesso em 24.10.2022).

⁸ A Convenção de Istambul, celebrada em 2011, teve Portugal como primeiro país membro da União Europeia a ratificá-la, e entrou em vigor a partir de 1 de agosto de 2014.

sexo masculino⁹ — a este tipo de agressão, em razão da desigualdade físico-biológica e económico-social (historicamente sedimentada) entre mulheres e homens¹⁰.

Com efeito, os objectivos gerais da Convenção incluem não só a prevenção da violência em geral contra as mulheres, mas também a prevenção contra a violência doméstica, enquanto forma de violência estatisticamente desproporcional contra as mulheres (artigo 2º). O que passa pelo combate à discriminação, através de medidas de empoderamento, protecção e assistência (artigo 1º). Nesta escora, entende-se que o texto convencional espelha “(...) um avanço ideológico e simbólico na teorização da violência contra as mulheres (...)”¹¹, preocupando-se também com as crianças e as responsabilidades parentais em situações de violência doméstica (artigos 31º, 45º, n.º 2, e 46º, alínea b)).

Ainda de acordo com aquele diploma, a violência doméstica abrange “todos os actos de violência física, sexual, psicológica ou económica que ocorrem no seio da família ou do lar ou entre os actuais ou ex-cônjuges ou parceiros, quer o infractor partilhe ou tenha partilhado, ou não, o mesmo domicílio que a vítima” (artigo 3º, alínea b)). Para a monitorização e aplicação da Convenção, pelas suas partes, é relevante a elaboração de relatórios pelo Grupo de Peritos para o Combate à Violência contra as Mulheres e a Violência Doméstica¹² (artigo 66º)¹³.

No entanto, convém notar o seguinte: a Convenção não chega — nem expressa, nem implicitamente — a impor aos Estados por ela vinculados o dever de incriminação da violência doméstica através de *um tipo penal autónomo e específico*, diverso daqueles outros tipos penais que, nos termos gerais, já protegem a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual e a honra das pessoas. Assim, o facto de haver,

⁹ Porém (e como não poderia deixar de ser), ainda no preâmbulo daquele documento se reconhece que os homens também podem ser vítimas de violência doméstica.

¹⁰ Cabe mencionar, ainda, outros diplomas normativos, internacionais e nacionais, com relevo na matéria. Internacionais: Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres (Nações Unidas, 1993); Estratégia para a Igualdade entre Mulheres e Homens adotada pela Comissão Europeia (União Europeia, 2010-2015); Nacionais: Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro - “Regime Jurídico Aplicável à Prevenção da Violência Doméstica e à Protecção e Assistência das Suas Vítimas”; Lei n.º 130/2015, de 04 de Setembro - “Estatuto da Vítima”; III Plano Nacional contra a Violência Doméstica (2007-2010), Resolução do Conselho de Ministros n.º 83/2007; IV Plano Nacional contra a Violência Doméstica (2011-2013), Resolução do Conselho de Ministros n.º 100/2010, V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género, (2014-2017), Resolução do Conselho de Ministros n.º 102/2013; Estratégia Nacional para a Igualdade e não discriminação, para os anos de 2018-2030, designado por Portugal + Igual (aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 61/2018, em 21 de maio de 2018 e será coordenada e monitorizada pela CIG – Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género) com três planos, cada com a duração de quatro anos, incluindo-se o Plano Nacional de ação para a prevenção e repressão à violência contra as mulheres e violência doméstica (PNAVMVD).

¹¹ Maria Clara SOTTOMAYOR, «A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género», *Revista Ex aequo*, n.º 31, 2015, p. 106, disponível em: <https://exaequo.apem-estudos.org/artigo/31-a-convencao-de-istambul-e-o-novo-paradigma-da-violencia-de-ge> (acesso em 24.10.2022).

¹² *Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence* (GREVIO).

¹³ A propósito da avaliação da adoção de medidas no ordenamento jurídico português, feita pelo GREVIO, são apontados alguns aspectos que se demonstram omissos ou desfavoráveis, assim como exposto por Luísa Minissa Mota OUABDELKADER, *O crime de violência doméstica conjugal e o exercício das responsabilidades parentais em Portugal: uma análise crítica à luz da Convenção de Istambul*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2021, p. 122 ss., disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt> (acesso em 19.10.2022).

em Portugal, um tipo penal autónomo e específico para a violência doméstica reflecte apenas uma opção de política criminal, cuja bondade (também do ponto de vista da sua eficácia) — na comparação, por exemplo, com o sistema jurídico alemão, onde simplesmente inexistente um tal tipo penal autónomo e específico¹⁴ — não pode ser aqui (*brevitatis causa*) examinada.

3. DO CRIME DE «MAUS TRATOS ENTRE CÔNJUGES» AO CRIME DE «VIOLÊNCIA DOMÉSTICA»

Na sua originária redacção, o Projecto da Parte Especial de 1966 não previa o crime de maus-tratos entre cônjuges. Porém, esta incriminação viria a ser introduzida no âmbito dos trabalhos da Comissão Revisora. Assim, o texto final do Código Penal de 1982, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, consagrou, no título I (crimes contra as pessoas), capítulo III (crimes contra a integridade física), o então artigo 153.º, sob a epígrafe “crime de maus-tratos ou sobrecarga de menores e de subordinados ou entre cônjuges”.

3.1. O crime de maus-tratos entre cônjuges como estação de partida

Tal preceito dispunha, no seu n.º 1, que “[o] pai, mãe ou tutor de menor de 16 anos ou todo aquele que o tenha a seu cuidado ou à sua guarda ou a quem caiba a responsabilidade da sua direcção ou educação será punido com prisão de 6 meses a 3 anos e multa até 100 dias quando, devido a malvadez ou egoísmo: a) [l]he infligir maus-tratos físicos, o tratar cruelmente ou não lhe prestar os cuidados ou assistência à saúde que os deveres decorrentes das suas funções lhe impõem¹⁵; ou b) [o] empregar em actividades perigosas, proibidas ou desumanas, ou sobrecarregar, física ou intelectualmente, com trabalhos excessivos ou inadequados de forma a ofender a sua saúde, ou o seu desenvolvimento intelectual, ou a expô-lo a grave perigo”.

O n.º 2 do mesmo preceito vinha acrescentar que “[d]a mesma forma será punido quem tiver como seu subordinado, por relação de trabalho, mulher grávida, pessoa fraca de saúde ou menor, se se verificarem os restantes pressupostos do n.º 1”. Por sua vez, os maus-tratos entre os cônjuges aparecia previsto no n.º 3, onde se estabelecia a punibilidade para quem “infligir ao seu cônjuge o tratamento descrito na alínea a) do n.º 1”.

¹⁴ Recentemente, de maneira exaustiva, na comparação com o Direito chinês: Jia KUI, *Strafrechtlicher Schutz bei häuslicher Gewalt. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und chinesischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2020, p. 43 s., 66 s., 89 s. e 111 s.

¹⁵ Tal segmento da norma conduziu a doutrina e a jurisprudência maioritárias a pressupor uma ideia de reiteração e continuidade e certa gravidade ou intensidade das condutas típicas, não se enquadrando no tipo objectivo do ilícito qualquer tipo de conduta, posição que só foi afastada pela revisão do preceito em 2007, como veremos.

O crime previsto e punido pelo artigo 153.º contava com uma moldura penal de pena de prisão de 6 meses a 3 anos e multa até 100 dias. No mais, tratava-se de um crime de natureza pública¹⁶.

É certo que a *autonomização do crime de maus-tratos entre os cônjuges* foi uma conquista no âmbito do Código Penal de 1982. No entanto, as alterações consignadas na sua versão final levaram a interpretações incorrectas pela jurisprudência quanto ao tipo de crime, natureza e fundamento. Com efeito, os tribunais entendiam tratar-se de um crime de ofensas corporais e, portanto, de natureza semipública, excepto quando se encontrassem provadas a “malvadez ou egoísmo”, exigência expressa no que respeitava a maus-tratos a crianças, de acordo como o n.º 1 do artigo 153.º, na sua originária redacção.

Esta interpretação frustrou o fundamento do preceito em dois momentos¹⁷. O primeiro decorre da interpretação da natureza semipública sendo necessária a queixa, com um prazo de caducidade reduzido, para o prosseguimento da acção penal, e, ainda, a faculdade de desistência ou perdão conferida à vítima. O segundo momento verifica-se na “malvadez ou egoísmo” que eram incorrectamente interpretadas como dolo específico, sendo que a correcta denominação seria «elementos subjectivos especiais da ilicitude»¹⁸. De resto, estaria afastada a aplicação da norma aos maus-tratos entre cônjuges, quando não se verificasse a tal “malvadez ou egoísmo”.¹⁹

O Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de março introduziu relevantes alterações no âmbito do crime de maus-tratos. Foram eliminadas as expressões “malvadez ou egoísmo”, alterando-se, ainda, a epígrafe do então artigo 152.º, que passou a denominar-se crime de “maus-tratos ou sobrecarga de menores, de incapazes ou do cônjuge”²⁰.

Neste sentido, o legislador delineou um novo caminho. A par com os maus-tratos físicos, os maus-tratos psíquicos tornaram-se elemento do tipo. O legislador atendeu à forma que, neste âmbito, os maus-tratos podem assumir, passando o preceito a dispor no seu n.º 2 que “A mesma pena é aplicável a quem infligir ao cônjuge ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges maus-tratos físicos ou psíquicos. O procedimento

¹⁶ Ou seja: por força do princípio da oficialidade (legalidade), o Ministério Público tinha (após a aquisição da notícia do crime) o poder-dever de prosseguir a acção penal.

¹⁷ Teresa Pizarro BELEZA, «Violência Doméstica», AA. VV., *Violência Doméstica e Violência na Intimidade*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários 2021, p. 15

¹⁸ Teresa Pizarro BELEZA, *Maus-tratos conjugais: o art.153º, n.º 3 do Código Penal*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 1994, p. 25

¹⁹ No plano subjectivo, impunha-se que tais comportamentos do agente para com a vítima se traduzissem, como vimos, numa atitude de malvadez ou egoísmo, situação que veio a ser enquadrada pela doutrina e pela jurisprudência como o designado dolo específico. Esta última posição só foi clarificada com a revisão promovida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março, através da eliminação das expressões “malvadez ou egoísmo”.

²⁰ A norma trazia a proteção contra os maus tratos físicos e psíquicos a quem se encontrasse à guarda, sob responsabilidade da direcção ou educação de terceiro e ainda quem se encontrasse em situação de subordinação por relação de trabalho, pessoa menor, incapaz, ou diminuída por razão de idade, doença, deficiência física ou psíquica, cônjuge ou a quem com ele conviver em condições análogas às dos cônjuges.

criminal depende de queixa²¹. Considera-se que os maus-tratos entre os cônjuges podem configurar outros que não tão só as ofensas corporais simples²¹. Mais. Concedeu-se idêntica protecção a quem conviver em condições análogas às dos cônjuges. E verificou-se uma agravação da moldura penal, passando a pena de prisão de 6 meses a 3 anos para 1 a 5 anos.

Ademais, o crime passou, expressamente, a ter natureza semipública. Com o que foram eliminadas todas as incertezas anteriores quanto à sua natureza e procedimento criminal²².

Por sua vez, a Lei n.º 65/98, de 2 de setembro, viria a alterar, uma vez mais, a epígrafe do artigo 152.º, passando agora a designar-se “maus-tratos e infracção de regras de segurança”. Com isso a norma passou a abranger os maus-tratos contra menores ou pessoas particularmente indefesas (em razão de idade, deficiência, doença ou gravidez), cônjuge ou quem com ele convivesse em condições análogas às dos cônjuges e o trabalhador.

A modificação mais significativa, apesar de manter-se a natureza semipública do crime, foi a possibilidade de o Ministério Público, por sua iniciativa, proceder à abertura de inquérito e avançar com o processo no interesse da vítima²³.

No seguimento de importantes iniciativas internacionais e nacionais no âmbito do combate à violência doméstica, a Lei n.º 7/2000, de 27 de maio, foi decisiva quanto à resposta do Direito Penal. Procedeu-se a alterações significativas ao regime legal substantivo e processual²⁴. A norma passou a prever no seu n.º 3 a protecção ao progenitor de descendente comum em 1.º grau. Além disso, o legislador introduziu novidades quanto às consequências jurídicas do crime. Criou-se a pena acessória de proibição de contacto com a vítima²⁵, podendo esta proibição incluir o afastamento da residência daquela, pelo período máximo de dois anos.

O crime previsto e punido pelo artigo 152.º passou, definitivamente, a ter natureza pública, resolvendo-se assim as controvérsias quanto à iniciativa e ao prosseguimento da acção penal²⁶.

²¹ Cf. Américo TAIPA DE CARVALHO, «Violência doméstica», Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, anotação ao art. 152.º, p. 512, § 1.

²² Para que se procedesse à abertura de inquérito era necessário que a vítima apresentasse queixa dentro do prazo ali estabelecido, podendo desistir a qualquer momento.

²³ Aqui foi instituído ao Ministério Público um poder de iniciativa processual independentemente da existência de queixa, mas apenas quando o interesse da vítima assim o determinasse, pois teria sempre o direito de oposição à prossecução do procedimento criminal até à dedução da acusação, o que poderia inviabilizar sempre a continuidade daquele procedimento. Denotou-se, deste jeito, um nítido esforço do legislador na tentativa de assegurar uma investigação livre e independente de factores inerentes às vítimas, como seja o medo ou inacção.

²⁴ Veja-se a este propósito Nuno BRANDÃO, «A tutela penal especial reforçada da violência doméstica», *Revista Julgar* n.º 12 (2010), p. 9.

²⁵ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022, p. 670.

²⁶ Nesse contexto, foi permitido ao Ministério Público iniciar o procedimento criminal sem necessidade de iniciativa da vítima (através da queixa), sendo que esta não pode obstar ao prosseguimento da acção nem lhe colocar, por sua vontade,

No tocante ao regime processual, introduziu-se no artigo 281.º, n.º 6, do Código de Processo Penal a suspensão provisória do processo a pedido da vítima²⁷, adoptada como forma de solução a reflectir o compromisso entre a gravidade do crime, em que se impõe a natureza pública, e o respeito pela liberdade e vida privada, funcionando a suspensão provisória do processo como uma «válvula de segurança»²⁸ para a vítima. Sendo igualmente certo, por outro lado, que o requisito do “livre requerimento da vítima” não deixa de suscitar, na prática, alguns importantes desafios²⁹.

3.2. Enfim, a autonomização normativa do crime de violência doméstica

Em sede de reforma, a Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro alterou, uma vez mais, o título do artigo 152.º, que finalmente assumiu a epígrafe de “violência doméstica”³⁰. Procedeu-se à sua autonomização³¹ face ao crime de “maus-tratos”, agora estampado no artigo 152.º-A, e ao crime de violação de regras de segurança, agora vertido no artigo 152.º-B.

Logo, o legislador optou por criar normas autónomas para diferenciar os tipos de crimes que antes se encontravam previstos na mesma disposição legal³². Impunha-se, ainda, separar adequadamente os casos resultantes das diferentes relações entre o agente a vítima³³. Por um lado, as relações próximas (cônjuge, ex-cônjuge, pessoas análogas, relação presente ou passada) e por outro as relações decorrentes de uma especial vulnerabilidade da vítima que coabita com o agressor.

O n.º1 do artigo 152.º passou a ter a seguinte redacção: “[q]uem, de modo reiterado ou não, infligir maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da

qualquer limite, seja por desistência ou oposição. Esta alteração decorre da consciência generalizada para a necessidade de criar medidas eficazes no combate e repressão aos maus-tratos e terminar com a ideia tradicional de que se trata de matéria do foro privado, passando a ser tema de uma sociedade atenta aos valores e princípios imperantes em um dado momento histórico.

²⁷ Ali se dispõe que “em processos por crime de maus-tratos entre cônjuges, entre quem conviva em condições análogas ou seja progenitor de descendente comum em 1.º grau, pode ainda decidir-se, sem prejuízo do disposto no n.º 1, pela suspensão provisória do processo a livre requerimento da vítima, tendo em especial consideração a sua situação e desde que ao arguido não haja sido aplicada medida similar por infracção da mesma natureza”.

²⁸ Teresa Pizarro BELEZA, «Violência Doméstica» (op. cit.), p. 16

²⁹ Considerando o ambiente em que decorrem os crimes de maus-tratos/violência doméstica e as consequências psicológicas para a vítima, será a declaração totalmente livre? Como se poderá aferir que assim o é? Será que existe, efectivamente, liberdade de decisão para quem sofre tais maus-tratos? Apesar de aplaudirmos as alterações legislativas, nomeadamente a opção pela natureza pública do crime, não podemos deixar de questionar se o equilíbrio encontrado não frustrará, por outras vias, o prosseguimento criminal. Questão que se mantém aos dias de hoje.

³⁰ A expressão violência doméstica entrou no vocabulário jurídico, proveniente da sociologia anglófona. A este propósito: Maria Elisabete FERREIRA, *Violência Doméstica Parental e Intervenção do Estado: A questão à Luz do Direito Português*, Porto: Universidade Católica, 2016, p. 20

³¹ Esta autonomização resulta da necessidade de esclarecer o sentido (a intencionalidade) e o alcance (âmbito) dos preceitos em jogo, nomeadamente quanto aos bens jurídicos protegidos, mas também para clarificar e simplificar as normas de comportamento ali cristalizadas, facilitando a sua interpretação.

³² Para maiores desenvolvimentos desta matéria: Carlos Casimiro NUNES / Maria Raquel MOTTA, «O crime de violência doméstica: a alínea b) do n.º 1 do art. 152º do Código Penal», *Revista do Ministério Público*, n.º 122 (2010), p. 137-139.

³³ Teresa Pizarro BELEZA, «Violência Doméstica» (op. cit.), p. 16.

liberdade e ofensas sexuais: a) [a]o cônjuge ou ex-cônjuge; b) [a] pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação; c) [a] progenitor de descendente comum em 1.º grau; ou d) [a] pessoa particularmente indefesa, em razão de idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica, que com ele coabite; é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal”. Por conseguinte, a par da autonomização do crime de violência doméstica, o facto típico incluía, agora, na sua descrição os castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais. O âmbito da violência doméstica viu, deste jeito, o seu tipo objectivo abarcar novas modalidades.

Outra nota que cumpre mencionar é a relativa à reiteração da conduta. Até 2007 a jurisprudência considerava que o tipo objectivo só se encontrava preenchido com o requisito da reiteração³⁴. Não foi, contudo, esta a intenção do legislador na descrição do facto típico. Não por acaso, a nova redacção dada ao dispositivo pretendeu eliminar quaisquer dúvidas remanescentes a este propósito. Com efeito, o artigo 152.º vem consagrar a cláusula “[q]uem, de modo reiterado ou não (...)”. Apesar da pretensão legislativa de resolver a problemática suscitada a respeito da reiteração do acto, e a nosso ver de forma clara e expressa na norma, a jurisprudência e doutrina foram relutantes em aceitar a existência do crime de violência doméstica quando precedida de um acto isolado, considerando, no mínimo, que a conduta revestisse uma intensidade especial³⁵.

De resto, convém referir três outras importantes novidades trazidas pela reforma de 2007. A primeira diz respeito ao sujeito passivo, o qual poderá, a par do cônjuge, ser o ex-cônjuge e ainda “pessoa de outro ou do mesmo sexo”³⁶. Mas o legislador, em segundo lugar, foi ainda mais longe. Incluiu na norma a “pessoa de outro ou do mesmo sexo com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges, ainda que sem coabitação” acompanhando, assim, as evoluções sociais no âmbito das relações amorosas e familiares. Com isso, em jeito de terceira nota, a relação jurídica-penalmente relevante passou a prescindir da existência de coabitação.

³⁴ Vale dizer: os actos de maus-tratos físicos ou psíquicos só preenchiam o tipo objectivo do crime previsto e punido pelo artigo 152.º quando fossem reiterados, excluindo, desta forma, qualquer acto isolado.

³⁵ Américo TAIPA DE CARVALHO, «Violência doméstica», (op. cit.), p. 517-520, §§10 e 11; Plácido CONDE FERNANDES, «Violência doméstica: novo quadro penal e processual penal», *Revista do CEJ (n.º especial) - Textos das Jornadas Sobre a Revisão do Código Penal* (2008), p. 306 a 308. Cf. também os acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra, de 28-04-2010, processo n.º 13/07.1GACTB.C1, de 02-10-2013 processo n.º 32/13.9GBLSA.C1, de 2-7-2014, processo n.º 245/13.3PBFIG.C1; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 06-02-2012, processo n.º 79/10.7TAVVD. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10-9-2014, processo n.º 648/12.0PIVNG. Todos disponíveis em www.dgsi.pt (consultado em 28 set. 2022)

³⁶ Pretendeu-se conferir a mesma protecção prevista para o cônjuge ao ex-cônjuge, dada a relação que, apesar de passada, é muitas vezes protelada por diversos motivos e marcada pela mesma intensidade.

Por sua vez, o n.º 2 veio prever que caso a conduta seja praticada “contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou no domicílio da vítima” a moldura penal é agravada no seu limite mínimo de um para dois anos, mantendo-se o limite máximo. As agravações pelo resultado preterintencional mantêm-se quer na hipótese de ofensa à integridade física grave, quer na hipótese de morte da pessoa violentada.

Quanto às penas acessórias, que são fundamentadas pelas necessidades de prevenção especial³⁷, cumpre referir que a par da proibição de contacto com a vítima, que podia incluir o afastamento da residência, a lei acresce agora a possibilidade de afastamento do local de trabalho, também pelo período de seis meses a cinco anos e o seu cumprimento pode ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância³⁸.

Introduziram-se, ainda, novas penas acessórias como a proibição de uso e porte de armas (para reforço da segurança da vítima), pelo mesmo período que as penas anteriores, e a obrigação de frequência de programas específicos de prevenção da violência doméstica³⁹. Cabe observar que a aplicação desta pena acessória não encontra, na lei, qualquer limite máximo⁴⁰. Por último, pode ainda o agente ser inibido do exercício do poder paternal, da tutela ou da curatela por um período de um a dez anos.

Contudo, o ímpeto legislativo não cessou por aí. A Lei n.º 19/2013, de 21 de Fevereiro, apresentou duas alterações de relevo. A primeira quanto à relação entre o agente e a vítima incluindo nas relações já descritas as relações de namoro, abrangendo não só as relações familiares, como as para-familiares. A segunda alteração verificou-se na substituição da expressão “pode” para “deve” no que diz respeito à pena acessória de proibição de contacto com a vítima, a qual “deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho” e “o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância”⁴¹.

No mais, foi adicionado o advérbio “*nomeadamente*” ao elenco dos casos previstos no artigo 152.º, n.º 1, alínea *d*), com o objectivo de exemplificar, tão só, as pessoas

³⁷ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (op. cit.), p. 670.

³⁸ Sempre que tal se mostre imprescindível para a protecção da vítima, conforme os artigos 35.º e 36.º da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro.

³⁹ A este propósito: José Francisco Moreira das NEVES, «Violência Doméstica: um problema sem fronteiras», In: *verbojuridico.net* Ponta Delgada, 2000. p. 5: “[d]e forma inovadora, refere-se ao agressor como problema social e não como problema das vítimas, afirmando que para repressão a violência doméstica não basta proteger e ajudar as vítimas, sendo necessário que a sociedade se ocupe também da pessoa violenta.”

⁴⁰ O que não deixa de ser altamente problemático. Afinal, uma sanção que seja de duração indeterminada muito possivelmente será inconstitucional por violação dos artigos 29.º, n.º 3 e 30.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa. Neste sentido, considerando que o n.º 4 do artigo 152.º é inconstitucional quanto a esta parte: Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (op. cit.), p. 672.

⁴¹ Pretendeu aqui o legislador afastar a possibilidade de escolha do julgador quando ao tipo de proibição de contacto e sua forma de fiscalização, demonstrando assim a intenção das políticas de combate à violência doméstica.

particularmente indefesas, por referência meramente ilustrativa (não taxativa) a factores como idade, deficiência, doença, gravidez ou dependência económica.

Da outra banda, a Lei n.º 44/2018, de 9 de agosto, aditou ao n.º 2 que (no caso do n.º 1) se o agente “[d]ifundir através da Internet ou de outros meios de difusão pública generalizada, dados pessoais, designadamente imagem ou som, relativos à intimidade da vida privada de uma das vítimas sem o seu consentimento⁴² é punido com pena de prisão de dois a cinco anos”⁴³.

Por derradeiro, a Lei n.º 57/2021, de 16 de agosto, trouxe duas recentes alterações ao crime estampado no artigo 152.º do Código Penal. A primeira delas verifica-se na descrição do facto típico que passa agora a incluir quem “impedir o acesso ou fruição aos recursos económicos e patrimoniais próprios ou comuns”. Desde então se considera que no crime de violência doméstica não estamos apenas perante maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo-se, neste âmbito, também as condutas que privam a vítima de fruir livremente de recursos económicos e patrimoniais. Ademais, houve o acréscimo da alínea e) do n.º 1, passando assim o crime a prever a punibilidade para o agente que praticar o facto contra menor que seja seu descendente ou das pessoas referidas nas alíneas anteriores⁴⁴.

4. A ESTRUTURA DO CRIME ACTUALMENTE ESTAMPADO NO ARTIGO 152.º DO CÓDIGO PENAL⁴⁵

Traçado o enquadramento histórico-legal do crime de violência doméstica, através da evolução do crime de maus-tratos, estamos em condições de adentrar pela análise à resposta do ordenamento jurídico português, face ao fenómeno que temos vindo a expor.

4.1. Os bens jurídicos ali protegidos

Se em outros tempos se considerou que o bem jurídico protegido era a integridade física, quando se constituía o crime de maus-tratos como forma qualificada do crime de ofensa corporal, hoje, o referido artigo visa proteger além disso.

Sucedendo a partir das significativas alterações que decorreram na norma legal até a redação como conhecemos hoje, durante essa evolução legislativa compreendeu-se a

⁴² Veja-se que, nesta hipótese, o consentimento (rectius: acordo) afasta a própria tipicidade da conduta do agente, pois a acção contra a vontade do titular do bem jurídico lesado é elemento objectivo do tipo.

⁴³ É sabido que a evolução da era digital e a crescente dependência da sociedade dos meios digitais — não obstante as claras vantagens desta nova realidade — tornaram a partilha da vida privada constante e frequente. Tal situação ganha outros contornos quando se trata de expor, negativamente e sem consentimento, terceiros. Não são tão raras as vezes que vimos serem publicitadas condutas de violência doméstica via internet. Foi neste sentido que o legislador sentiu a necessidade de prever estas situações no crime de violência doméstica e introduzir a agravação da moldura penal.

⁴⁴ Estamos perante outro alargamento das condutas típicas previstas no crime de violência doméstica e que incluem como sujeito passivo o menor descendente.

⁴⁵ Daqui em diante, preceitos cujo diploma legal não esteja identificado respeitam ao Código Penal.

necessidade de ampliar a tutela da bem jurídico e reconhecendo-o como valioso⁴⁶.

Nessa mesma linha de pensamento levou-se em consideração, para além da protecção à integridade física, também os maus-tratos psíquicos, que mereceram um maior cuidado, passando a norma então a contemplar um conjunto de condutas, como por exemplo, as humilhações, provocações, ameaças (de natureza física ou verbal), insultos, privações e limitações arbitrárias da liberdade de movimentos, onde tais actos revelam o desprezo pela condição humana do outro ser.

Imperioso destacar o comentário que fundamentou uma decisão judicial no acórdão do Tribunal da Relação do Porto, que consubstancia alguns posicionamentos doutrinários, referindo que os maus-tratos psíquicos vieram a contemplar “condutas que revelam desprezo pela condição humana do parceiro, podendo provocar sentimento de culpa ou de fraqueza mas não, necessariamente, um sofrimento psicológico”, sendo relevante que “os maus-tratos psíquicos estejam associados à posição de controlo ou de dominação que o agressor pretenda exercer sobre a vítima”, apontando a existência de vulnerabilidade desta.⁴⁷

Embora passados alguns anos da existência como norma legal do crime de violência doméstica, é possível encontrar algumas divergências a respeito do bem jurídico tutelado por esta norma incriminadora, tanto mais se consideramos que estamos diante de uma grande variedade de condutas que se enquadram no ilícito ali descrito.

Numa primeira compreensão, entende-se que “o bem jurídico diretamente protegido por este crime é a saúde — bem jurídico complexo que abrange a saúde física, psíquica e mental: e bem jurídico esse que pode ser afetado por toda uma multiplicidade de comportamentos que afetem a dignidade pessoal do cônjuge (ex-cônjuge ou pessoa com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga).”⁴⁸

Em termos jurídico-constitucionais, a saúde se apresenta, em jeito de dupla face, nas suas dimensões positiva e negativa: “[e]m bom rigor, a faceta negativa do direito à saúde acaba por se reconduzir à defesa da integridade física e psíquica do cidadão contra atentados de que o seu equilíbrio vivencial possa ser alvo, quer por parte dos poderes públicos, quer de privados. Assim, teríamos o direito à saúde na sua vertente reactiva como um resultado da concorrência — na modalidade de acumulação (...) — entre um direito ao bem-estar, físico e psico-somático, e os direitos à inviolabilidade da integridade física e psíquica.”⁴⁹

⁴⁶ Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 3ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 130, ao indicar que são dignos da tutela do direito penal os bens jurídicos que merecem firmar a expressão de um interesse socialmente relevante e, por isso, devem ser juridicamente reconhecidos como valiosos.

⁴⁷ Trechos do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 29-02-2012, no processo n.º 368/09.3PQPRT.P1.

⁴⁸ Américo TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (I)² (op. cit.), p. 512.

⁴⁹ José Joaquim Gomes CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2003. p. 1136.

Segundo a OMS, o conceito de saúde consiste no “complexo de bem-estar físico, mental e social”, parecendo razoável resumir nele todo o conteúdo da tutela ao bem jurídico ofendido pelo crime de violência doméstica. Afinal, não fica esquecido nem o corpo da vítima, nem na sua psique e consciência, nem tampouco a sua relação com os outros, ou seja, os três elementos que caracterizam a pessoa humana, ser “bio-psíquico-social”⁵⁰.

O entendimento de que bem jurídico tutelado pelo artigo 152.º do CP é a saúde é seguido ainda por mais alguns autores, com pequenas variações de acordo com suas próprias interpretações. Assim, afastar o sentido restritivo da saúde como bem jurídico protegido é uma “concretização do direito fundamental da integridade pessoal, mas também do direito ao livre desenvolvimento da personalidade”, pois deve observar-se os preceitos fundamentais da constituição portuguesa em seus artigos 25.º e 26.º, que emanam diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, mas observando igualmente a existência de uma “relação interpessoal próxima de tipo familiar ou análoga”⁵¹.

Em complemento, também se diz que “os interesses protegidos dizem diretamente respeito à pessoa ofendida e não à instituição família”⁵², afastando sobremaneira a ligação do bem jurídico tutelado com as relações familiares ou a família propriamente dita. Embora apareça como posicionamento minoritário, há autores que defendem que o bem jurídico que se procurou proteger, mesmo que de forma reflexa ou indireta, seja as relações familiares ou de proximidade, muito fundamentada na questão da intimidade que essas ligações trazem pela convivência, refletindo em uma desordem para além da saúde do indivíduo, pois alcança o rompimento de confiança comprometendo a pacífica convivência familiar⁵³.

Diversamente, há quem entenda que o tipo legal do crime de violência doméstica não protege apenas um único bem jurídico, mas sim uma pluralidade de bens jurídicos, designadamente a “integridade física e psíquica, a liberdade pessoal, a liberdade e autodeterminação sexual, a honra e até o património”⁵⁴.

São várias as condutas típicas no crime de violência doméstica. Por isso, seria precipitado indicar a saúde como o único bem tutelado, sobretudo diante das variações a que se apresentam, tanto nas doutrinas como nas jurisprudências no que se refere à indicação do bem ao qual se pretende proteger pela incriminação.

⁵⁰ Carlos Casimiro NUNES / Maria Raquel MOTA, «O crime de violência doméstica: a alínea b) do n.º 1 do art. 152.º do Código Penal», *Revista do Ministério Público*, n.º 122 (2010), p. 145.

⁵¹ André Lamas LEITE, «A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia», *Revista Julgar*, n.º 12 (2010), p. 48.

⁵² Veja-se Nuno BRANDÃO, *Revista Julgar*, n.º 12 (2010), p. 13.

⁵³ Maria Elisabete FERREIRA, «Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal da violência doméstica», *Revista Julgar Online* (2017), p. 6 e 7.

⁵⁴ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (op. cit.), p. 664.

Segundo a jurisprudência, o bem jurídico protegido pelo crime de violência doméstica é complexo ou multifacetado, apresentando uma série de comportamentos que, isoladamente, também são alvo de tutela, veja-se a título de exemplo, as ofensas à integridade física, difamação ou injúrias, simples ou qualificadas, ameaça simples ou agravada, coação simples, dentre outras.

Conquanto, “o crime de violência doméstica visa proteger muito mais do que a soma dos diversos ilícitos típicos que podem preencher, uma vez que o legislador quis tutelar algo mais do que a saúde da vítima, ainda que de forma secundária ou reflexa, devendo entender-se que o bem jurídico a proteger terá de estar relacionado com o núcleo dos vínculos que se estabelecem no seio familiar e doméstico”⁵⁵.

Pode dizer-se ainda que o bem jurídico que se pretende tutelar é aquele passível de ser prejudicado diante de um comportamento que impossibilite ou atrapalhe o desenvolvimento da personalidade da criança ou do adolescente, agrave as deficiências destes, afete a dignidade pessoal do cônjuge (ex-cônjuge, ou pessoa do mesmo sexo ou de outro com quem o agente mantenha ou tenha mantido uma relação análoga à dos cônjuges), ou prejudique o possível bem-estar dos idosos ou doentes que, mesmo que não sejam familiares do agente, com este coabitem.

Para classificar um determinado acto como maus-tratos ou tipificá-lo como violência doméstica, é necessário que a referida acção ofenda o princípio constitucional da dignidade humana, como elemento justificador da tipificação de um acto singular como a violência doméstica. Contudo, não há exigência de que o acto de maus-tratos seja de forma reiterada para que se configure o crime, mas pressupõem que a intensidade aplicada seja suficiente para lesar o bem jurídico protegido, ou seja, a saúde física, psíquica ou emocional, de forma que degrade a dignidade da pessoa.

Nesta linha de raciocínio, “o bem jurídico deverá ser mais denso, envolto, por assim dizer, em qualquer coisa mais que não o resuma aos bens atrás identificados”⁵⁶.

Para avaliar se uma conduta é aplicável ao tipo de violência doméstica, é preciso ponderar o seu carácter violento ou a configuração geral de desrespeito pela dignidade da pessoa ofendida na qualidade de vítima.

Não podemos descartar que são inúmeros os direitos fundamentais ameaçados pelos actos de violência doméstica, tais como a integridade física, a integridade moral, o desenvolvimento da personalidade, o bom nome, a reputação, a imagem, a palavra, a reserva

⁵⁵ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 26-10-2021 processo n.º 254/20.6PFAMD.L1-5.

⁵⁶ Alexandra VILELA, «O crime de violência doméstica: reflexão a propósito do crime cometido sob a forma de omissão e o concurso com o crime de omissão de auxílio», *De Legibus*, n.º 1 (2021), p. 143-144.

da intimidade da vida privada e familiar, a liberdade, a segurança, o domicílio, o sigilo da correspondência, bem como outros meios de comunicação privada, a igualdade ou não discriminação, entre outros.

As condutas previstas e punidas pelo artigo 152.º traduzem-se na busca do resultado pela proteção e garantia, não apenas de um único bem jurídico, mas de um contexto que busca integrar os fatores que geram a fragilidade bio-psico-social da vítima.

Assim, o que se pretende alcançar com a incriminação da violência doméstica é, em última instância, a proteção da pessoa e sua dignidade, bem como a preservação do desenvolvimento de sua personalidade, evitando assim transformar a pessoa, enquanto vítima, em um mero objecto dominado pelo agressor.

A dominação é o próprio cerne da violência doméstica, onde comumente há uma relação de confiança entre as partes, na qual uma delas exerce o poder de controlo sobre a outra, num ambiente reservado e íntimo da construção intrafamiliar. Talvez se encontre aí, nessa relação abusiva, privada e silenciosa, a grande dificuldade de detectar e combater esse tipo de crime.

4.2. A factualidade típica

Vejamos quais os comportamentos e respectivos sujeitos passivos do crime de violência doméstica. O artigo 152.º, n.º 1, enuncia quais as condutas — reiteradas ou não — abarcadas pelo crime ora analisado, integrando o tipo objectivo, a saber: “maus-tratos físicos ou psíquicos, incluindo castigos corporais, privações da liberdade e ofensas sexuais”.

O preceito prevê o elenco das possíveis vítimas deste crime, constituindo assim um crime específico, pois depende da existência passada ou actual de um vínculo relacional entre o agente e a vítima. Assim, é punido de acordo com o previsto no artigo 152.º, n.º 1, *in fine*, quem infligir os maus-tratos referidos contra: (i) cônjuge ou ex-cônjuge (alínea a)); (ii) pessoa com quem mantenha ou tenha mantido relação de namoro ou relação análoga à dos cônjuges ainda que sem coabitação (alínea b)⁵⁷); (iii) progenitor de descendente comum em 1º grau (alínea c)), (iv) pessoa particularmente indefesa nomeadamente em razão da idade, deficiência, doença, gravidez, dependência económica⁵⁸, que com ele coabite (alínea d)); (v) e ainda menor seu descendente ou de uma das pessoas referidas nas alíneas a) a c) (alínea e)). Como vimos

⁵⁷ Logo, não cabem aqui relações afetivas ou sexuais que sejam “(...) passageiras, ocasionais ou fortuitas”: Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*⁴ (op. cit.), p. 664.

⁵⁸ O exemplo típico da dependência económica é quando a vítima é empregada doméstica do agente, com quem coabita.

inicialmente, o crime em estudo é um problema social, especialmente contra cômputo ou relação análoga, assumindo a primeira posição como crime mais participado em Portugal ⁵⁹.

Pelo conjunto de relações indicadas (alínea *a*) a *e*), o crime de violência doméstica pode ainda ser classificado como delito especial/específico impróprio, na medida em que o agente tem de ter um daqueles vínculos relacionais com a vítima ⁶⁰. Não obstante, pode ser também um crime especial/específico próprio na medida em que podem existir situações que em si mesmas não correspondem a um crime autónomo (*v.g.* ameaças não abrangidas pelo artigo 153º), todavia pela relação do agente com a vítima a sua prática é ilícita e por isso punível ⁶¹.

Diante do exposto, podemos assentar que a ideia de que a família é sagrada, ou seja, que — se nos é permitido — “quem está no convento é que sabe o que vai lá dentro” é afastada pela incriminação em análise uma vez que o Estado intervém na proteção de membros da família ou de outros indivíduos cujo vínculo justifique.

Retomando a análise da conduta típica suscetível de integrar o crime de violência doméstica, estamos perante um crime de execução não vinculada, isto é, os maus-tratos podem-se traduzir em diversas acções ou mesmo omissões. A omissão é impura ⁶² — nos termos do princípio geral estabelecido no artigo 10.º (sob epígrafe “Comissão por acção e por omissão”) — se sobre o agente impender o dever de garante e caso aquele não evite o resultado, a omissão torna-se causal do resultado ⁶³.

Assim como aludimos inicialmente, pode haver ou não reiteração de condutas. Por outras palavras, a reiteração não constitui um elemento primordial ao preenchimento do tipo objectivo. Contudo tem entendido a jurisprudência que não basta qualquer conduta, uma vez que “(...) só em situações excepcionais o comportamento violento único, pela gravidade intrínseca do mesmo, preencherá o tipo de ilícito (...)” ⁶⁴, relevando nestes casos o desrespeito e domínio perante a vítima ⁶⁵.

No que concerne aos maus-tratos físicos, incluem-se “(...) todas as condutas agressivas que visam atingir directamente o corpo do ofendido, *v.g.*, bofetadas, murros, pontapés, joelhadas, puxões de cabelos, empurrões, apertões de braços e pancadas ou golpes

⁵⁹ RASI 2022, p. 32, disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=relatorio-anual-de-seguranca-interna-2022-> (acesso em 15.10.2023).

⁶⁰ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (op. cit.), p. 664.

⁶¹ Américo TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (I)² (op. cit.), p. 513.

⁶² Plácido Conde FERNANDES, «Violência doméstica. Novo quadro penal e processual penal», AA. VV. *Violência doméstica e violência na intimidade*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciais, 2021, p. 32.

⁶³ Alexandra VILELA, *De Legibus*, n.º 1 (2021), p. 147.

⁶⁴ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-03-2009, processo: 09P0236, disponível em <http://www.dgsi.pt/>

⁶⁵ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 28-09-2011, processo nº 170/10.0GAVLC.P1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

desferidos com objectos (...)”⁶⁶, entre outros. Por seu turno, nos maus-tratos psíquicos cabem “(...) as injúrias, as críticas destrutivas e/ou vexatórias, as ameaças, as privações da liberdade, as restrições, perseguições e as esperas não consentidas (...)”⁶⁷, entre outras.

Parece que depois de o legislador mencionar maus-tratos é redundante referir de seguida os “castigos corporais”. Porém entende-se que naqueles cabem castigos corporais “com intenção educativa” contra menores⁶⁸. Nas privações da liberdade inserem-se e limitações à liberdade de “(...) decisão, de ação, de movimentação (...)”⁶⁹, entre outros. Por último, no que tange às ofensas sexuais, importa sublinhar que a doutrina aponta o facto de a generalidade dos crimes sexuais serem semipúblicos — em razão da intimidade da vítima — o que não tem correspondência face à natureza pública do crime de violência doméstica⁷⁰.

Como vimos, o CP não oferece noções a respeito dos diversos comportamentos enquadráveis no crime de violência doméstica. Desta forma, as decisões jurisprudenciais assumem um papel extremamente importante. Neste cenário, o Comité CEDAW (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres) recomendou a Portugal a alteração do CP de forma a incluir a definição de todas as formas de violência contra as mulheres, designadamente a doméstica, física, psicológica, sexual, económica e cibernética. Por seu turno, o Conselho Económico e Social recomendou a alteração do artigo 152.º de forma a incluir o uso de arma (ou ameaça) como agravante da moldura penal e ainda a previsão da ciberviolência⁷¹.

As condutas descritas no corpo do artigo 152.º cabem também em outros tipos penais. Todavia, o crime sobre o qual debruçamos a nossa análise distingue-se dos demais pelo facto de abarcar, em particular, os sujeitos passivos *supra* identificados, uma vez que estes estão sob o domínio do agressor, o que, por sua vez, origina os mais variados sentimentos, entre eles o medo e a fragilidade⁷². Por conseguinte, é de ressaltar que o crime

⁶⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-04-2018, processo n.º 3/17.6GCIDN.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁶⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-04-2018, processo n.º 3/17.6GCIDN.C1, disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

⁶⁸ Américo TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (I)*² (op. cit.), p. 514. Neste contexto e sobre a admissibilidade de castigos corporais educativos ver a análise de direito comparado feita por Plácido Conde FERNANDES, «Violência doméstica. Novo quadro penal e processual penal» (op. cit.), p. 33.

⁶⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07-02-2018, processo n.º 663/16.5 PBCTB.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

⁷⁰ Acerca do aludido: Plácido Conde FERNANDES, «Violência doméstica. Novo quadro penal e processual penal» (op. cit.), p. 35; Nuno BRANDÃO, *Julgar* n.º 12 (2010), p. 20.

⁷¹ *Parecer do Conselho Económico e Social sobre a Violência Doméstica*, Aprovado no Plenário do CES de 3 de março de 2023, p.77, disponível em: <https://ces.pt/2023/03/03/https-ces-pt-wp-content-uploads-2023-03-parecer-va-aprovado-em-plenario-3-marco-pdf/> (acesso em 15.10.2023).

⁷² Acerca do traço distintivo do crime de violência doméstica consultar o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04-06-2018, processo n.º 121/15.5GAVFL.G1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>. Cf. também o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 07-02-2018, processo n.º 663/16.5 PBCTB.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

de violência doméstica está em concurso aparente com diversos crimes ⁷³, entre eles: os crimes de ofensas à integridade física (artigos 143.º e 145.º n.º 1 a)), de ameaça (artigo 153.º), de coacção (artigos 154.º e 155.º), de sequestro simples (artigo 158.º n.º 1), de coacção sexual (artigo 163.º n.º 2), de violação (artigo 164.º n.º 2), de importunação sexual (artigo 170.º) e contra a honra (artigo 180.º e ss).

Por seu turno, dado que se prevê que o agente é punido por violência doméstica apenas se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal, existe uma relação de *subsidiariedade expressa* perante os tipos penais⁷⁴ dos seguintes crimes: ofensa à integridade física grave (artigo 144.º), sequestro qualificado (artigo 158.º n.º 2), coacção sexual (artigo 163.º n.º 1), violação (artigo 164.º n.º 1), abuso sexual de pessoa incapaz de resistência (artigo 165.º), abuso sexual de crianças (artigo 171.º), lenocínio de menores (artigo 175.º, n.º 2) e pornografia de menores (artigo 176.º, n.º 2).

4.3. O tipo subjectivo e outros requisitos da responsabilidade

O crime de violência doméstica é um delito exclusivamente doloso, não sendo punido a título de negligência. A incriminação admite qualquer forma de dolo (artigo 14º), sendo necessário, por conseguinte, que o agente tenha conhecimento e vontade em relação a todos os elementos da factualidade típica, o que inclui não só as modalidades de conduta ali descritas, mas também o resultado (conforme se trate de um crime formal ou material)⁷⁵.

Outrora não era incomum convocar a possibilidade de aplicação de causas de justificação do facto típico praticado neste contexto (*v.g.*, o exercício regular de um direito) ou de causas de desculpa do seu agente (*v.g.*, a falta de consciência da ilicitude não censurável), designadamente à luz da antiga figura do «direito de correcção», que durante muito tempo vigou também no seio das relações conjugais ou análogas ao casamento.

Naturalmente, estando hoje superada a possibilidade de qualquer privilégio marital naquele sentido, há praticamente nenhuma margem para o chamamento, jurídico-penalmente fundado, de qualquer causa de exclusão de justificação — a legítima defesa, o

⁷³ Américo TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (I)*² (op. cit.), p. 528, com o entendimento de que as normas em causa estão numa relação de consunção. Diversamente, considerando que as mesmas se encontram numa relação de especialidade: Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*⁴ (op. cit.), p. 669.

⁷⁴ O que levanta problemas político-criminais: se o crime praticado se materializa, *v.g.* na ofensa à integridade física grave, o agente será punido apenas por aquele crime, não existindo nenhum tipo de agravamento pela relação especial que tem com a vítima, o que não parece razoável face à motivação do crime de violência doméstica. Cf. Américo TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (I)*² (op. cit.), p. 529.

⁷⁵ Américo TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal (I)*² (op. cit.), p. 520; Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*⁴ (op. cit.), p. 668. Cf. ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12-04-2018, processo: 3/17.6GCIDN.C1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

estado de necessidade, o consentimento do ofendido⁷⁶, etc. — ou de desculpa — erro sobre a proibição, excesso de legítima defesa, estado de necessidade exculpante, etc.

Contudo, isso não significa que, *na perspectiva da vítima*, as causas de justificação ou de desculpa sejam completamente irrelevantes. Afinal, nos casos de *impossibilidade ou insuficiência actual* da protecção oficial através dos agentes do Estado (forças policiais, etc.), as pessoas que se encontrem perante uma agressão configuradora de violência doméstica ou da ameaça de sua repetição poderão agir licitamente ao abrigo das faculdades de intervenção habilitadas pela legítima defesa ou pelo direito de necessidade ou (no pior dos cenários) poderão pelo menos ser desresponsabilizadas ao abrigo do estado de necessidade desculpante.

É neste horizonte que se discute o cenário do chamado “pai de família tirano”⁷⁷, isto é, os casos em que alguém maltrata constante e brutalmente os familiares que com ele habitam, em particular a sua mulher. Aqui se coloca a questão de saber se a legítima defesa ou o direito de necessidade defensivo podem justificar o homicídio praticado contra o pai de família tirano enquanto ele dorme. Segundo a opinião dominante na doutrina, a resposta deve ser negativa. Por um lado, a legítima defesa está excluída pela falta de actualidade da agressão⁷⁸. Da outra banda, fora dos casos de legítima defesa⁷⁹, o homicídio só pode ser justificado ali onde existe um perigo agudo para a vida e a integridade física, pressuposto que nem sempre estará preenchido no quadro do direito de necessidade defensivo. Quando muito, caberá reconhecer apenas um estado de necessidade desculpante em favor da mulher vítima da opressão marital⁸⁰.

Seja como for, nestas situações o juízo de necessidade do meio e o juízo de exigibilidade de conduta diversa são bastante complexos. Há ainda quem admita a possibilidade de afirmar a inimputabilidade (por anomalia psíquica) da esposa emocionalmente sobrecarregada — com os constantes maus-tratos sofridos — que explode desesperadamente em homicídio contra o mesmo. Sendo certo que houve alguma tendência — aparentemente superada ou pelo menos digna de uma mais empenhada restrição — no

⁷⁶ Nesta hipótese pelo menos em virtude da cláusula/limite dos bons costumes (CP, art. 38.º, n.º 1).

⁷⁷ Jia KUI, *Strafrechtlicher Schutz bei häuslicher Gewalt. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und chinesischen Recht* (op. cit.), p. 131 s., 187 s.

⁷⁸ Recentemente a propósito do requisito da actualidade da agressão sofrida pela vítima de violência doméstica, se bem que à luz de uma factualidade típica diversa (crime de gravações e fotografias ilícitas): Margarida Sousa MARTINS, *Da admissibilidade das gravações e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 67 s.

⁷⁹ De resto, parece no mínimo estranho (para não dizer contraditório ou mesmo chocante) que se continue a postular uma hipótese de restrição ético-social da legítima defesa precisamente seio das relações conjugais ou assemelhadas. Sobre esta incoerência: Jia KUI, *Strafrechtlicher Schutz bei häuslicher Gewalt. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und chinesischen Recht* (op. cit.), p. 121 s.

⁸⁰ Para a problemática: Rudolph RENGIER, «Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n.º 24 (2004), p. 237 s.; Thomas HILLENKAMP, «Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25.3.2003 - 1 StR 483/02», *Juristen Zeitung*, n.º 59 (2004), p. 48 s.

sentido de não se admitir a exclusão da imputabilidade quando a própria pessoa que «perde o controle» provoca de modo censurável a descarga afectiva, deste jeito se aplicando os critérios de evitabilidade ou previsibilidade utilizados na *actio libera in causa* e no erro de proibição vencível⁸¹.

5. O REGIME SANCIONATÓRIO

Para assegurar uma resposta eficaz perante as especificidades do fenómeno jurídico-penal da violência doméstica, o legislador tratou de conformar um regime sancionatório também bastante específico, que contempla não só a imposição de prisão, a título de pena principal, mas também a possibilidade de aplicação de penas acessórias.

5.1. A pena principal

Está prevista no n.º 1 do artigo 152º a pena principal para o crime de violência doméstica na sua forma simples, a que corresponde a pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Para o crime de violência doméstica na forma qualificada (n.º 2), o legislador fixou a agravação da pena pelo maior grau de censurabilidade da conduta. Assim, se o agente praticar o facto contra menor, na presença de menor, no domicílio comum ou da vítima (alínea *a*)), ou difundir através da internet ou outro meio dados relativos à intimidade da vida privada da vítima sem o seu consentimento (alínea *b*)), será punido com pena de prisão de dois a cinco anos. A referida alínea *b*) é ilustrativa da atenção do legislador face à evolução das tecnologias, que por sua vez acompanha inevitavelmente os contornos da violência doméstica.

A encerrar, prevê o n.º 3 do artigo 152º a agravação da pena pelo resultado quando das condutas descritas no n.º 1 resultar a ofensa à integridade física grave (alínea *a*) ou resultar a morte (alínea *b*)), sendo o agente punido com uma pena de prisão de dois a oito anos ou de três a dez anos, respetivamente⁸².

Sem embargo do que acabamos de mencionar neste ponto, a pena de prisão suspensa na sua execução — de acordo com os pressupostos do artigo 50º — parece ser, em termos

⁸¹ Assim, com referência ao § 20 do Código Penal Alemão (imputabilidade por transtorno psíquico): Hans-Joachim RUDOLPHI, «Affekt und Schuld», Claus ROXIN, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, Walter de Gruyter, 1974, p. 207-211, 213 e 214. Também a respeito do “comportamento prévio” da vítima, mas à luz do direito de necessidade: Dominik LUDWIG, “Gegewärtiger Angriff”, “drohende” und “gegewartige Gefahr” im Notwehr- und Notstandsrecht, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991, p. 32-34 e 204.

⁸² Neste contexto, ao considerar que o legislador podia ter inserido ainda o suicídio como agravante, tendo em conta o impacto da violência doméstica na saúde mental da vítima: Américo TAIPA DE CARVALHO, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (I)² (op. cit.), p. 533.

estatísticos, a pena mais aplicada em casos de violência doméstica⁸³. A suspensão da execução da pena de prisão depende de um juízo de prognose do julgador, onde relevam condutas anteriores do agente (em especial face à mesma vítima), personalidade do agente e demais circunstâncias anteriores e posteriores ao crime⁸⁴.

5.2. As penas acessórias

Em termos lógico-conceituais, a aplicação de uma pena acessória implica a condenação do agente numa pena principal. Isto posto, para as situações identificadas pelos n.ºs 1 a 3 do artigo 152.º e caso o agente seja punido por pena mais grave por força de outra disposição legal podem ser aplicadas penas acessórias que visam sobretudo a proteção da vítima.

O leque das penas acessórias compreende, em primeiro lugar, a proibição de contacto com a vítima (presencial, telefónico ou qualquer outro meio⁸⁵)⁸⁶. Sanção que deve incluir o afastamento da residência⁸⁷ ou local de trabalho da vítima, com cumprimento a fiscalizar por meios de controlo à distância (n.º 5)⁸⁸. Além disso, está contemplada a possibilidade de proibição de uso e porte de armas, pelo período de seis meses a cinco anos. Por fim, também pode ser imposta a pena acessória de obrigação de frequência de programas de prevenção da violência doméstica (n.º 4). Podem ser executados programas de intervenção em contexto prisional ou em cumprimento de pena na comunidade. Para a primeira situação os sistemas prisionais aplicam o Programa VIDA, e para cumprimento na comunidade os serviços de reinserção social empregam os programas PAVD e CONTIGO⁸⁹.

Para que as penas acessórias referidas sejam aplicadas torna-se necessário que as mesmas sejam invocadas pela parte na acusação ou pronúncia⁹⁰ - em razão do direito de

⁸³ Segundo Conceição GOMES, Paula FERNANDO, e outros, *Violência doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais, Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género*, 2016, p. 223, disponível em: <http://cid.cig.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibimg.aspx?key=A33C4641709E4D13922CDEE34F3F5F5B&doc=96322&img=140237> (acesso em 24.10.2022).

⁸⁴ Acerca do referido veja-se Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 16-12-2020, processo n.º 829/18.3GBAMT.P1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

⁸⁵ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 31-10-2018, processo n.º 353/17.1SLPRT.P1, disponível em: <http://www.dgsi.pt/>.

⁸⁶ Em caso de proibição de contacto com a vítima surge uma questão caso o condenado e vítima tenham um descendente em comum uma vez que ambos têm responsabilidades parentais. A este respeito, entende-se que a proibição de contacto deve estar associada à inibição das responsabilidades parentais: Maria Elisabete FERREIRA, “As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança”, *Julgat*, março 2018, p. 7

⁸⁷ A respeito do afastamento da residência existem frequentemente entraves em razão do direito de propriedade, caso este esteja na esfera jurídica do agente que pratica o crime.

⁸⁸ Para a regulamentação dos meios de controlo à distância é relevante a Lei n.º 112/2009, de 16 de Setembro (Regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica e à proteção e assistência das suas vítimas).

⁸⁹ RASI 2022, p. 156, disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc23/comunicacao/documento?i=relatorio-anual-de-seguranca-interna-2022-> (acesso em 15.10.2023).

⁹⁰ Ao alcance do juiz está ainda o previsto no artigo 358º n.º 1 e 3 (Alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia) do CPP.

defesa do arguido, entre outros motivos - sendo que o juiz pode aplicar a pena acessória disfarçada de regra de conduta, como premissa para aplicação da pena de prisão suspensa na sua execução⁹¹.

Por último, prevê o n.º 6 do artigo 152º que quem for condenado pelo crime de violência doméstica pode ser inibido do exercício de responsabilidades parentais, da tutela ou do exercício de medidas relativas a maior acompanhado pelo período de um a dez anos, atendendo à gravidade do facto e conexão com a função do agente.

Nesta esteira, considera-se que a frequência de programas de prevenção da violência doméstica, são especialmente relevantes, sobretudo para os casos de reincidência. As intervenções podem ser psico-educacionais ou psico-terapêuticas (quando existem perturbações psicopatológicas), que assentam na consciencialização ou alteração emocional e comportamental do indivíduo, respectivamente⁹². Para que o condenado seja submetido aos referidos programas o tribunal deve obter o consentimento daquele, nos termos do artigo 52.º, n.º 3.

A violação da pena acessória determinada pelo tribunal é punível com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias (artigo 353º).

6. CONCLUSÃO

A evolução legislativa desde 1982 até 2022 reflecte a intenção do legislador na prevenção e repressão da violência doméstica. Existe uma maior consciência social para a gravidade e consequências destas condutas na família e na sociedade. Sem dúvida que assistimos, com a seriedade e importância devida, a alterações significativas.

Não podemos, contudo, limitar-nos a saudar este percurso. Existe ainda um longo caminho a percorrer. A actual redacção do artigo 152.º não prevê, ao contrário do que seríamos induzidos a depreender, que as situações ali previstas se circunscrevem ao âmbito familiar. Veja-se a título de exemplo as pessoas vulneráveis que coabitam com o agressor, sem existência de parentesco ou afinidade. Por outro lado, tão pouco podemos circunscrever tais relações às verdadeiras relações domésticas e a este propósito cumpre referir os maus-tratos entre pessoas que partilham um descendente, mas que nunca coabitaram.

⁹¹ Sobre este ponto, com desenvolvimentos: Cristina Augusta CARDOSO, *A violência doméstica e as penas acessórias*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica do Porto, 2012, p. 38 e ss., disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9686/1/Tese%20mestrado%20%20A%20Viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20e%20as%20penas%20access%C3%B3rias.pdf> (acesso em 31.10.2022).

⁹² Celina MANITA, «Programas de intervenção em agressores de violência conjugal: intervenção psicológica e prevenção da violência doméstica», *Ousar Integrar*, n.º 1 (2008), p. 27.

A epígrafe “*violência doméstica*” não nos parece a que melhor descreve os factos típicos descritos. As sucessivas alterações legislativas decorrentes da evolução operada no cerne destas relações não mereceram o cuidado que era exigido nesta redacção, nem a separação ou diferenciação das condutas que verdadeiramente poderiam integrar o crime de violência doméstica, pois não estamos apenas perante condutas que se restringem ao verdadeiro *domus*.

Na tentativa de punir condutas que ultrapassam as fronteiras das relações intrafamiliares, quando se entende pela desnecessidade da coabitação para configurar o crime de violência doméstica, já resta claro o afastamento de uma ideia inicial de protecção à instituição família, afastando assim a relação do bem jurídico tutelado como sendo as relações familiares.

O que podemos ressaltar aqui, é que o artigo 152º não busca tutelar um único bem jurídico, mas um conjunto de comportamentos que vai além da saúde da vítima e que protege outros bens tais como a integridade física, psíquica, moral, liberdades pessoal, sexual e a própria honra.

Diante disso, qualquer acto que venha ferir, diminuir ou impedir a capacidade de desenvolvimento pessoal com a imposição de maus-tratos, sejam eles físicos ou psíquicos, se utilizando da relação de confiança com a vítima e exercendo o poder de controlo sobre esta, com a intenção de degradar ou humilhar, será tipificado como violência doméstica.

Para que o combate contra o crime de violência doméstica se torne eficaz torna-se essencial a sensibilização social, nomeadamente nas escolas, porém, do ponto de vista político-criminal, a atenção deve dirigir-se para a *protecção da vítima e ressocialização do agressor*, através da implementação de sistemas robustos de fiscalização das penas acessórias e programas de intervenção junto dos agressores que se demonstrem capazes e eficientes, respetivamente.

No que tange à subsidiariedade expressa seria valorosa a intervenção do legislador no sentido de prever uma cláusula geral aplicável caso o arguido seja punido por outro crime, através da agravação da pena (pelo elemento relacional com a vítima) e previsão das penas acessórias.

A aplicação de penas acessórias ainda não é expressiva nos nossos tribunais pelo que se sensibiliza os intervenientes processuais e demais entidades para a importância da aplicação daquelas em razão da protecção da vítima, mas também da sensibilização do indivíduo. Relativamente à frequência de programas de prevenção da violência doméstica apontamos duas contrariedades: o facto de a intervenção depender do consentimento do condenado e a inconstitucionalidade do n.º 4 do artigo 152º, *in fine*.

Assim, as intervenções psico-educacionais ou psico-terapêuticas não poderiam existir em qualquer caso? Mesmo sem o consentimento do condenado, assim como acontece nos meios de controlo à distância? Para o combate e prevenção do crime de violência doméstica parece-nos que a obrigatoriedade de frequência dos programas ou de qualquer outra intervenção educacional é um ponto crucial a debater. Não obstante, ressaltamos, impor a frequência de programas –dentro de limites a determinar - pode representar um desperdício de recursos pela falta de motivação do agressor. Parece-nos um ponto essencial para o combate e prevenção do crime, isto é, entendemos que — dentro de limites a determinar — os condenados serão obrigatoriamente submetidos a algum tipo de intervenção educacional. No que toca à inconstitucionalidade referida, a norma carece da intervenção do legislador no sentido de estabelecer os limites máximos daquela pena acessória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 5ª edição, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.

BELEZA, Teresa Pizarro, *Maus-tratos conjugais: o art.153º, n.º 3 do Código Penal*, 2.ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 1994.

—, «Violência Doméstica», AA.VV., *Violência doméstica e violência na intimidade*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2021, p. 9-18.

BARROS, Carla, *Violência Doméstica: a autonomização do tipo e a possível diminuição da tutela do bem jurídico*, Dissertação de Mestrado, Universidade Autónoma de Lisboa, 2021.

BRANDÃO, Nuno «A tutela penal especial reforçada da violência doméstica», *Revista Julgar* n.º 12 (2010), p. 9-24.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Cristina Augusta, *A violência doméstica e as penas acessórias*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica do Porto, 2012.

FERNANDES, Catarina, *Violência Doméstica: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenómeno*: Lisboa: CEJ, 2016.

FERNANDES, Plácido Conde, «Violência doméstica. Novo quadro penal e processual penal», AA. VV., *Violência doméstica e violência na intimidade*, Lisboa: CEJ, 2021, p. 21-58.

FERREIRA, Maria Elisabete, *Violência doméstica parental e intervenção do Estado: a questão à luz do Direito Português*, Porto: Universidade Católica, 2016.

—, «As penas aplicáveis aos pais no âmbito do crime de violência doméstica e a tutela do superior interesse da criança», *Revista Julgar Online* (2018), p. 1-10, disponível em <http://julgar.pt/as-penas-aplicaveis-aos-pais-no-ambito-do-crime-de-violencia-domestica-e-a-tutela-do-superior-interesse-da-crianca/>.

—, «Crítica ao pseudo pressuposto da intensidade no tipo legal da violência doméstica», *Revista Julgar Online* (2017), p. 1-14, disponível em <http://julgar.pt/critica-ao-pseudo-pressuposto-da-intensidade-no-tipo-legal-de-violencia-domestica/>.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *Direito Penal. Parte Geral*, Tomo I, 3ª edição, Coimbra: Gestlegal, 2019.

GOMES, Conceição, et al., *Violência doméstica: estudo avaliativo das decisões judiciais*, Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género», 2016, disponível em: <http://cid.cig.gov.pt/Nyron/Library/Catalog/winlibimg.aspx?skey=A33C4641709E4D13922CDEE34F3F5F5B&doc=96322&img=140237>.

HILLENKAMP, Thomas, «Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25.3.2003 - 1 StR 483/02», *Juristen Zeitung*, n.º 59 (2004), p. 48-52.

KUI, Jia, *Strafrechtlicher Schutz bei häuslicher Gewalt. Eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und chinesischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot, 2020.

LEITE, André Lamas, «A violência relacional íntima: reflexões cruzadas entre o Direito Penal e a Criminologia», *Revista Julgar*, n.º 12 (2010), p. 25-27.

LUDWIG, Dominik, «Gegenwärtiger Angriff», “drohende” und “gegenwärtige Gefahr” im Notwehr- und Notstandsrecht, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1991.

MANITA, Celina, «Programas de intervenção em agressores de violência conjugal: intervenção psicológica e prevenção da violência doméstica», *Ousar Integrar*, n.º 1 (2008), p. 21-32.

MARTINS, Margarida Sousa, *Da admissibilidade das gravações e fotografias recolhidas por particulares como meio de prova em processo penal*, Coimbra: Almedina, 2022.

NEVES, José Francisco Moreira das, «Violência Doméstica: Um problema sem fronteiras», In: verbojurídico.net Ponta Delgada, 2000.

NUNES, Carlos Casimiro / MOTA, Maria Raquel, «O crime de violência doméstica: a alínea b) do n.º 1 do art. 152.º do Código Penal», *Revista do Ministério Público*, n.º 122 (2010), p. 133-175.

NUNES, Francisco Ramos / MAGRIÇO, Manuel Eduardo / DUARTE, Pedro Miguel, «Contributos para a construção de um sistema integrado de proteção às vítimas de violência doméstica: georreferenciação de perigo», *Revista do Ministério Público*, n.º 126 (2011), p. 199-218.

OUABDELKADER, Luísa Minissa Mota, *O crime de violência doméstica conjugal e o exercício das responsabilidades parentais em Portugal: uma análise crítica à luz da Convenção de Istambul*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2021.

RENGIER, Rudolph, «Totschlag oder Mord und Freispruch aussichtslos? Zur Tötung von (schlafenden) Familientyrannen», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, n. 24 (2004), p. 233-240.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, «Affekt und Schuld», Claus ROXIN, et al. (Hrsg.), *Festschrift für Heinrich Henkel*, Berlin, Walter de Gruyter, 1974, p. 199-214.

SOTTOMAYOR, Maria Clara «A Convenção de Istambul e o novo paradigma da violência de género», *Revista Ex aequo*, n.º 31, 2015, disponível em: <https://exaequo.apem-estudos.org/artigo/31-a-convencao-de-istambul-e-o-novo-paradigma-da-violencia-de-ge>.

TAIPA DE CARVALHO, Américo, «Violência doméstica», Jorge de FIGUEIREDO DIAS (Dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, anotação ao art. 152.º.

VILELA, Alexandra, «A propósito do designado ‘Direito Penal da Família’», *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Volume I, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020.

———, «O crime de violência doméstica: reflexão a propósito do crime cometido sobre a forma de omissão e o concurso com o crime de omissão de auxílio», *De Legibus*, n.º 1 (2021), p. 139-154.

ALGUMAS QUESTÕES CONCERNENTES AO SIGILO BANCÁRIO NAS INFRAÇÕES ECONÓMICAS

Some Issues Concerning Bank Secrecy in Economic Offenses

*Jorge F. Abrão de Almeida*¹

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP

Email: jorge_abrao@hotmail.com

RESUMO: Na modernidade, o sigilo bancário ganha reconhecimento como uma das expressões do direito fundamental à privacidade, de modo que os dados do indivíduo em poder dos Bancos integram o âmbito de sua privacidade. O adequado posicionamento sobre o assunto exige, preliminarmente, a concepção do significado de direito à privacidade, que por sua vez dispensa da noção de direitos a personalidade, e a remarcação da distinção entre privacidade em sentido amplo, privacidade em sentido estrito ou vida privada e intimidade. O direito à privacidade, antes de tudo, é um direito da personalidade e este também pode ser chamado de direitos da pessoa, direitos essenciais ou inerentes à pessoa ou ainda direitos personalíssimos, já que suas próprias denominações são relativas à personalidade ou à pessoa. Levando em consideração o sigilo bancário e o direito à privacidade, a pesquisa busca avaliar os fundamentos legais e constitucionais que consagram ou limitam respectivos direitos no ordenamento jurídico português. Como resultado, a pesquisa concluiu que tais direitos não são absolutos e que é possível derogar o direito ao sigilo bancário para combater a fraude e a evasão fiscal, entre outras infrações econômicas, em virtude da atual prevalência do interesse coletivo.

Palavras chaves: Evasão fiscal; Interesse coletivo; Ordenamento Jurídico Português.

ABSTRACT: In modern times, bank secrecy is recognized as one of the expressions of the fundamental right to privacy, such that an individual's data held by banks falls within the scope of their privacy. Properly positioning on the subject requires, preliminarily, an understanding of the meaning of the right to privacy, which in turn derives from the notion of personality rights, and a clarification of the distinction between privacy in a broad sense, privacy in a narrow sense or private life, and intimacy. The right to privacy, above all, is a personality right, which can also be referred to as personal rights, essential or inherent rights to the person, or even personal rights, as their very designations are related to personality or the individual. Considering bank secrecy and the right to privacy, this research aims to evaluate the legal and constitutional foundations that enshrine or limit these rights within the Portuguese legal system. As a result, the research concluded that these rights are not absolute and that it is possible to derogate the right to bank secrecy to combat fraud and tax evasion, among other economic offenses, due to the current prevalence of collective interest.

Keywords: Tax Evasion; Collective Interest; Portuguese Legal System.

1. BREVE INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

O sigilo bancário não é um instituto jurídico recente, inclusive é bastante conhecido, o que torna a tarefa de conceituá-lo muito complexa em razão de múltiplos fatores. Isso porque em cada país, doutrina e jurisprudência apontam divergências no tocante à acepção do fundamento jurídico do sigilo bancário em razão das distintas alternativas de justificação existentes, como uso, contrato bancário, responsabilidade extracontratual, lei ou Constituição, entre outras. Além disso, outra causa tem relação com o objeto do sigilo

¹ Advogado formado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Possui experiência no universo jurídico, passando por diversos dos maiores escritórios de advocacia do país, bem como experiência internacional. Jorge é especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Especialista em Direito Penal Econômico pelo IDPEE/Coimbra - Portugal. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto - Portugal. Email: jorge_abrao@hotmail.com.

bancário, ou seja, ao conjunto de elementos, dados ou informações por ele protegido e que também é passível de mudanças no Direito português e no Direito estrangeiro.

No âmbito do Direito Português, o sigilo bancário pode fazer referência, por exemplo, à totalidade dos dados pessoais dos clientes fornecidos aos Bancos; apenas aos dados pessoais de natureza econômica, especialmente às operações ativas e passivas das instituições bancárias e serviços por eles prestados; tão somente às operações passivas das entidades de crédito, entre outros. No caso do Direito comparado, os dados e informações que antes estavam introduzidas no sigilo bancário podem despontar de seu ambiente protetor, pelo fato desse instituto estar em contínuo desenvolvimento para adequar-se às situações atuais do mercado.

Outro aspecto refere-se à ocasião de a percepção do sigilo bancário poder ser erigida a partir do interesse e/ou obrigação de um de seus sujeitos, isto é, o Banco e o cliente, ou mesmo terceiros envolvidos, o público, a sociedade ou o Estado. Debate-se, por último, se a obrigação de sigilo bancário é apenas dos Bancos ou se é obrigação de todas as outras instituições financeiras, já que os serviços financeiros deixaram de ser prestados exclusivamente por entidades bancárias e em virtude da homogeneidade do tratamento legal do sigilo de dados em poder de todas as entidades integrantes do sistema financeiro.

A doutrina aponta diferentes posições, tanto nacionais quanto estrangeiros, em relação aos elementos característicos do sigilo bancário. Em regra, contudo, os conceitos dados ao instituto apresentam-no exclusivamente como um dever do Banco, põem sob proteção todas as informações fornecidas pelo cliente a esta instituição e não mencionam qualquer justificação jurídica. Assim, para Sérgio Covello, o sigilo bancário é a obrigação que têm os Bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional (COVELLO, 2001, p. 86).

Embora a tecnologia de informação tenha trazido agilidade e praticidade para as atividades bancárias, trouxe também insegurança ante a possibilidade de invasão de sites ou banco de dados ou ainda de uma ininterrupta fiscalização governamental. Além disso, promoveu o incremento de organizações criminosas, inclusive de caráter internacional, que se utilizam intensamente do sistema financeiro. Essa nova realidade trouxe diferentes desafios para o legislador, quais sejam, assegurar o sigilo bancário nos meios eletrônicos e limitar esse sigilo, sem acarretar seu aniquilamento, tendo em vista viabilizar o efetivo combate da evasão fiscal e a prevenção e repressão de delitos graves cometidos com contribuição no sistema financeiro, como lavagem de dinheiro, crimes praticados contra a Administração Pública, entre tantas outras infrações econômicas.

A problemática da pesquisa visa analisar primeiramente as origens e a evolução do sigredo bancário, bem como delimitar o seu conceito e seus fundamentos no ordenamento jurídico português. Visto isso, a pesquisa passa pela análise legal do regime de derrogação do sigilo bancário nas infrações fiscais, em especial na Lei Geral Tributária (LGT).

Com o propósito de alcançar os objetivos deste trabalho, utilizou-se a pesquisa do tipo bibliográfica por meio de uma análise fundamentada de dispositivos constitucionais e legais juntamente com a análise de obras doutrinárias no âmbito do Direito Português, bem como eventuais casos concretos julgados pelo Supremo Tribunal Administrativo (STA), tendo como abordagem o método dedutivo para chegar a uma conclusão genérica a respeito dos posicionamentos apreciados.

2. EVOLUÇÃO DO SEGREDO BANCÁRIO NA RELAÇÃO BANCÁRIA – CONSAGRAÇÃO OU LIMITAÇÃO DE DIREITOS PESSOAIS?

O sigilo ou segredo é um dever de não revelar certos conhecimentos ou informações cuja manifestação histórica encontra raízes na dimensão sacra, de modo que os padres católicos deviam guardar os segredos das confissões, perpassando pelo campo contratual sobretudo com alcance na esfera jurídica. Vale ressaltar, inclusive, que o dever de segredo é imposto por deontologias profissionais, como no caso de advogados e médicos. No campo contratual, o dever de segredo é cominado pela boa-fé e corresponde a uma concretização da tutela da confiança.

No tocante à origem, acentuada parcela de doutrinadores, com embasamento no critério lógico, defende que a confidencialidade cultivada pelos Bancos se fez presente desde as origens da atividade bancária, nos templos da Antiguidade. Corrobora com essa corrente Sérgio Covello, para quem o sigilo bancário existiu desde os albores da atividade bancária como consequência das circunstâncias especiais em que essa atividade foi praticada desde remota antiguidade (COVELLO, 2001, 19).

Na esteira evolutiva, o segredo deixa de ser mera exigência da tranquilidade contratual e da confiança bilateral, de maneira que ganha relevo como uma exigência pública em razão do seu grande valor para o adequado funcionamento das instituições. O segredo aproxima-se do direito à intimidade sobre a vida privada e dos direitos fundamentais relativos à personalidade (CORDEIRO, 2018, p. 355). A evolução da ciência jurídica, bem como dos meios de garantia das posições das pessoas vieram a assegurar efetivas áreas de sigredo profissional.

No tocante à evolução geral da base positiva da relação bancária, o segredo acompanha a profissão do banqueiro cujo progresso encontra referências implícitas na antiga

Babilônia. Com o surgimento das instituições bancárias formais, o dever de segredo restou consignado em textos estatutários e em cláusulas contratuais gerais (CORDEIRO, 2018, p. 356).

Já no que diz respeito ao Direito bancário privado, o segredo bancário, no Direito alemão, provém da confiança, conforme sedimentado pela doutrina, e formalmente consagrado no art. 2.º da Constituição, enquanto a França previu primeiramente a Lei Bancária de 1984, de modo que remetia as hipóteses de violações para a lei penal, sendo que atualmente a previsão deste preceito consta do Código Monetário e Financeiro. Na Itália, o segredo bancário tem sido reconduzido aos usos, de sorte que apontam pela consagração indireta da Nova Lei Bancária, de 1993. Em Luxemburgo, houve consagração expressa via legislação, ao passo que na Suíça algumas prescrições legislativas buscaram evitar arremetidas de agentes nacional-socialistas (CORDEIRO, 2018, p. 356-357).

Além do mais, o segredo bancário tem se mostrado proeminente considerando o surgimento de bases de dados informatizadas e de vários diplomas que visam tutelar os direitos das pessoas, haja vista que as fusões de Bancos implicam problemas a esse nível. Isso porque os novos acessos às bases de dados ofertam perigos para a própria vida dos negócios, já que a informação constitui em um bem com níveis pessoais. Por isso deve a informação ser manuseada com cautela porquanto envolve interesses contrapostos do próprio banqueiro e do cliente (CORDEIRO, 2018, p. 357-358).

Muito embora a base jurídico-positiva do segredo bancário tenha ficado por conta do legislador, tal direito tem sua sede em base contratual, já que alcança tanto o contrato bancário geral assim como a celebração dos vários negócios bancários, o que significa dizer que as partes combinam segredos e estes não devem ser descumpridos. Acrescenta-se, ainda, que tais contratos, por serem privados, não podem sofrer ingerência por parte do Estado, pois encontram proteção genérica nos artigos 62.º, n.º 1 (propriedade privada), 80.º, alínea c, (iniciativa privada) e 86.º, n.º 2, (não intervenção na gestão das empresas), todos da Constituição Portuguesa (CORDEIRO, 2018, p. 358).

Nessa esteira, o segredo bancário tem a ver com direitos de personalidade e com a tutela constitucional, pois alcança os direitos do cliente e os direitos do banqueiro, conforme posição na doutrina dominante e acolhimento da melhor jurisprudência nacional, o que por si evidencia a incompatibilidade de determinadas limitações.

No tocante à experiência portuguesa e sua evolução até o Registro Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), encontram-se registros, no século XVIII, de algumas referências portuguesas atinentes ao segredo no domínio

comercial, muito embora somente após o surgimento dos Bancos é que esse segredo tenha ganhado relevo. Em 1847, o Regulamento Administrativo do Banco de Portugal adveio para tratar das operações bancárias e dos depósitos particulares, os quais passaram a ser expressamente objeto de segredo. Tal Regulamento teve vigência por quase cem anos, sendo revogado pelo Decreto-Lei n.º 337/1990.

No período supramencionado não havia menção ao segredo bancário na seara penal, de modo que inexistia tutela penal bancária nos Códigos de 1852 e de 1884, o que significa dizer que o segredo bancário era matéria privada atinente exclusivamente ao foro do banqueiro e do seu cliente.

Os registros históricos demonstram que a consagração expressa do segredo bancário provém em razão das crises ou severas agressões à deontologia e ao negócio bancário. A popularização do Banco contribuiu para tal acontecimento, de forma que estreitaram as relações entre o cliente e o banqueiro, tornando o segredo uma evidência que, de um lado, o banqueiro e seus empregados possuíam “acesso, real ou potencial, aos segredos de profissão”, e de outro, a própria multiplicação de clientes propicia um “ambiente de descuido e desconsideração pela pessoa de cada um” (CORDEIRO, 2018, p. 360).

A partir do momento em que se iniciou a definição do papel dos banqueiros, consignou-se que estes tinham como obrigação deter a confiança dos seus clientes, de maneira que seus registros e informações não poderiam ser revelados, mas admitiria exceção em caso de conflito (CAMPOS et al, 1997, p. 49 e ss).

A evolução do segredo bancário, em Portugal, sinaliza que, em um primeiro momento, tal direito deriva dos contratos e da boa-fé, além de assentar na invocação dos usos comerciais. As primeiras alusões ao sigilo bancário em terras portuguesas advieram com o Regulamento Administrativo do Banco de Portugal, aprovado por Decreto do Governo, de 28 de Janeiro de 1847. Já primeira consagração legislativa adveio com o Decreto-Lei n.º 47.909, de 1967, ao criar o Serviço de Centralização de Riscos de Crédito, cuja previsão tratava da obrigação das instituições de crédito em fornecer os elementos informativos pedidos ao Banco de Portugal (MONTEIRO, 2015, p. 62).

O art. 3.º n.º 2 do Decreto-Lei n.º 47.909, de 1967 consagrava que “Não podem, em qualquer caso, os elementos informativos fornecidos pelas instituições ser suscetíveis de difusão violadora do princípio do segredo bancário que deve proteger as operações de crédito em causa.” Já o art. 6.º da predita legislação tratava do crime de violação do segredo profissional com remissão ao Código Penal de 1886, que tutelava o dever de segredo dos empregados públicos (Decreto-Lei n.º 47.909, de 1967).

No período da Revolução de 1974-1975 o segredo bancário nem sempre foi respeitado (CORDEIRO, 2018, p. 362). Isso porque a Revolução de abril de 1974 fez com que Portugal atravessasse um conturbado período, momento em que foram revelados movimentos bancários de algumas personalidades, instaurando-se, portanto, um clima de desconfiança no sistema financeiro experimentado naquela época e que levou o legislador português a reforçar a tutela legal do segredo bancário (MONTEIRO, 2015, p. 62).

Exsurge, portanto, o Decreto-Lei n.º 644/75, de 15 de novembro, que estabelece a Lei Orgânica do Banco de Portugal, de modo que obteve reforço pelo Decreto-Lei n.º 729-F/75, de 12 de dezembro que de modo expresse consagram o segredo bancário, de maneira “que se ocupou da orgânica de gestão e fiscalização das instituições de crédito nacionalizadas” (CORDEIRO, 2018, p. 362). Mais adiante, o Decreto-Lei n.º 2/78, de 9 de janeiro surge como reforço ao regime do segredo bancário pelas suas poucas exceções e pela consignação de responsabilidade penal na hipótese de sua violação (MONTEIRO, 2015, p. 62-63), de sorte que Portugal entra no rol do grupo dos numerosos países que vigoram disposições regulatórias do segredo bancário (CORDEIRO, 2018, p. 363).

Em Portugal, pois, a violação do dever de segredo era sancionada civil e criminalmente com a vigência do Decreto-Lei n.º 2/78. Com base nesse decreto, a dispensa somente poderia ocorrer mediante autorização dada pelo órgão de direção do Banco nos casos em que se tratasse de fatos referentes à instituição (art. 2.º, n.º 1) ou pelo cliente nos casos em que houvesse relação com os mesmos (art. 2.º, n.º 2). Logo, a solução estabelecida pelo legislador foi considerada forte tendo em conta a comparação com os demais sistemas de tutela do sigilo bancário, já que havendo a recusa pelo próprio cliente, somente poderia aceder à informação nas hipóteses previstas em lei especial e mediante decisão do Tribunal (CORDEIRO, 2018, p. 363).

Todavia, a evolução que sobreveio marcou certo enfraquecimento do segredo bancário perante o Estado por exigências policiais e fiscais, haja vista a regulação dada pelo Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) que se dedicou ao segredo profissional. Nessa esteira, o regime do segredo bancário tratado pelo Decreto-Lei n.º 2/78 veio a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro, que aprova o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), com a última alteração dada pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, diploma que até hoje consagra este segredo profissional.

No tocante ao segredo profissional, em seu art. 78, o RGICSF consagra que “os membros dos órgãos da administração ou de fiscalização [...] não podem revelar ou utilizar

informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes [...]” quando tais informações advenham estritamente do exercício da função ou prestação dos seus serviços. Já em seu art. 79, n.º 1, a previsão é de que somente se permite a revelação mediante autorização do cliente, enquanto as exceções estão previstas no n.º 2, nas alíneas a a f, de forma que esta última “permite a revelação dos factos sujeitos a segredo ‘à administração tributária, no âmbito das suas atribuições” (CORDEIRO, 2018, p. 364).

Na seara penal, a redação do art. 195.º do Código Penal na versão aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48/95 trata da violação de segredo, porém algumas situações de exclusão de ilicitude são consignadas pelo sistema vigente, consoante disposições do art. 36.º do Código Penal. Levando em consideração a legislação vigente, houve um reforço da tutela penal do segredo profissional e, no caso, do segredo bancário (CORDEIRO, 2018, p. 365).

Como visto, a evolução do sigilo ou segredo bancário demonstra que sua existência é tão remota quanto à própria atividade bancária, e veio acompanhando, pois, a profissão do banqueiro, já que o papel dos banqueiros estabelecia-se que estes deveriam deter a confiança dos seus clientes não se admitindo revelar os seus registros, salvo em caso de conflito (CAMPOS, 1997, p. 49 e ss).

Acentuada parcela da doutrina acolhe que o sigilo bancário constitui uma manifestação do direito fundamental da intimidade da vida privada, com guarida constitucional, já que “em termos jurídico-positivos, o segredo bancário começa por se apoiar na própria constituição e, designadamente, nos seus artigos 26.º n.º 1 (intimidade da vida privada e familiar) e 25.º (integridade moral das pessoas)” (CORDEIRO, 2018, p. 365). Em sentido oposto, outra parte minoritária da doutrina entende que o “segredo bancário não pode constituir a expressão do imperativo Constitucional da proteção da intimidade” (SANCHES, 1995, p. 29), mesmo que beneficie a proteção do amplo direito à privacidade. Para essa corrente amparada por Saldanha Sanches, as autoridades tributárias não deveriam ser consideradas terceiros para efeitos de fiscalização de informação bancária com relevância fiscal (SANCHES, 1999, p. 373). Independente de qual corrente se adote, ambas direcionam para a tutela constitucional do sigilo bancário ao direito à intimidade.

O sigilo bancário como consagração ou limitação de direitos pessoais desperta dissidentes posicionamentos doutrinários. Isso porque a eventual tutela constitucional do sigilo bancário no direito à reserva da intimidade da vida privada previsto no art. 26.º da Constituição Portuguesa é objeto de intensa controvérsia, haja vista a existência de outros direitos fundamentais que confrontam com este direito e, ainda, as condições existentes a

que a sua derrogação teria de respeitar. As discussões controvertidas remetem ao questionamento se tal proteção constitucional abrange as informações concernentes às contas bancárias e movimentações econômicas, cujo sigilo bancário é instrumento jurídico privilegiado de proteção, considerando a relação jurídica fiscal que abrange o combate a fraude e evasão fiscal, o que justificaria o sacrifício do sigilo.

De uma banda, os dados e informações bancárias, reflexo da situação econômica e também pessoal do cliente, se inserem na esfera de proteção do direito à reserva da intimidade da vida privada constante como consagração constitucional. Por outro viés, uma maior flexibilização da derrogação do sigilo bancário parece ofertar uma limitação de direitos pessoais sobretudo restritivos do direito à intimidade. Portanto, o que se percebe é que o sigilo bancário não é um direito absoluto, já que pode sofrer determinadas restrições levando em consideração a necessidade de assegurar outros direitos ou interesses também protegidos pela Constituição.

3. O FUNCIONAMENTO DO SEGREDO BANCÁRIO E SEUS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS

O sigilo bancário provém da relação jurídica bancária, de base contratual, de modo que banqueiro e cliente assentam em que o sigilo será respeitado. Assim preleciona Sérgio Covello que “o cliente vê no estabelecimento um local seguro não só do ponto de vista material, mas também moral, pois quem deposita valores, deposita antes de tudo, confiança” (COVELLO, 2001, p. 156). Tendo em conta o dever acessório do sigilo no campo contratual, a boa-fé indica que as informações contidas na relação contratual bancária devem ser mantidas em sigilo de forma a concretizar a tutela da confiança.

Cada vez mais, as operações bancárias vêm se fazendo presentes na vida patrimonial das pessoas. Devido à crescente evolução tecnológica e o avanço da violência urbana, as pessoas tiveram que confiar aos Bancos maiores partes de seu patrimônio, de maneira que passaram a utilizar dos serviços informatizados para realizar suas transações financeiras. Em razão disso, as instituições bancárias tiveram que deter históricos minudenciados das movimentações financeiras dos seus clientes e de suas empresas, sendo que estas quase sempre também contêm dados atinentes à vida privada, intimidade, honra e imagem das pessoas. Dessa forma, um cliente que mantém relações ou ainda um mero contrato com um Banco comumente confia a esta parte de sua privacidade.

Dentre as informações confiadas às instituições bancárias relacionadas a fatos referentes à intimidade individual, é possível citar as doações a partido político por meio de cheque ou transferência bancária e que o doador espera manter sob sigilo; a existência de

conta bancária que um cliente mantém em nome de um filho não reconhecido publicamente; a aquisição de um empréstimo para ampliar os negócios de uma empresa em um mercado disputado, entre tantos outros. Essas situações justificam a razão do sigilo bancário, pois se assim não o fosse, todas essas circunstâncias seriam conhecidas com facilidade por terceiros, transgredindo o direito à intimidade.

Sob outro viés, alguns dados bancários apresentam informações reveladoras da vida privada do cliente ou de terceiros, como no caso de registros que envolvem relações de convivência privativa, como, por exemplo, o início da relação bancária indicando a data em que se iniciou tal relação, o motivo da interrupção, caso tenha ocorrido, o rol de seus credores, devedores, compradores e fornecedores, no caso de se tratar de pessoa jurídica.

Existem, ainda, certos informes bancários que se mostram potencialmente danosos aos direitos à honra e à imagem, como aqueles que abrangem avaliações de comportamento que, sendo acessadas por terceiros, podem causar danos ao bom nome do sujeito e, por consequência, à sua imagem-atributo. Ilustra-se, por exemplo, os cadastros pessoais que contêm avaliações negativas sobre a conduta de um cliente, indicando-o como mau pagador, devedor impontual, entre outros.

O sigilo bancário não conhece, pois, uma subsunção imediata no direito à privacidade, haja vista que incluir os dados protegidos por esse sigilo na esfera da privacidade denotaria banalizar a ideia de privacidade, enquanto direito de personalidade, e o conceito de dignidade humana a ele ligado. Por outra vertente, resta claro que determinados dados bancários podem refletir no âmbito da privacidade, de maneira que o acesso a tais informações importe sempre um risco de violação ao direito à privacidade de alguma pessoa. Tal comprovação, tendo em vista que o direito à privacidade é tutelado expressamente pelo art. 26.º, n.º 1 da Constituição Portuguesa, indica que Lei Fundamental proporciona as bases para que se alargue seu manto protetor ao sigilo bancário, nas hipóteses em que este se relacione ao direito à privacidade.

Em uma análise acurada, o sigilo bancário protege primariamente o cliente do Banco e o terceiro envolvido. Ainda que haja controvérsia acerca do fundamento jurídico desse instituto, o papel principal do sigilo bancário é assegurar o interesse do cliente e de terceiro envolvido na confidencialidade de seus dados, em grande parte dos casos, visando resguardar o direito à privacidade do titular.

Considerando que o sigilo bancário tem relação com o direito fundamental à privacidade, deve então ser entendido como um direito fundamental, proveniente do regime e dos princípios adotados pela Constituição Portuguesa, justamente do próprio direito à

privacidade. Este direito salvaguardado pela Constituição exige do legislador a extrema prudência com a publicidade das relações privadas, como a estabelecida entre o banqueiro e seu cliente.

O direito à reserva da intimidade da vida privada encontra-se consagrado na Constituição Portuguesa (art. 26.º, CRP). Em que pese tal consagração expressa, o Tribunal Constitucional já posicionou no sentido de que “a Constituição não estabelece o conteúdo e alcance do direito à reserva da intimidade, nem define o que deva entender-se por intimidade como bem jurídico constitucionalmente protegido” (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 278/95 de 31/05/1995, processo n.º 510/91). Na doutrina de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito à reserva da intimidade da vida privada se divide no “direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar” e no “direito a que ninguém divulgue informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem” (CANOTILHO & MOREIRA, 1993, p. 181).

Levando em conta o direito à privacidade, que integra o rol dos direitos de personalidade e foi elevado ao patamar de direito fundamental pela Constituição Portuguesa, seu objetivo é proteger a integridade moral do indivíduo, o que para alguns doutrinadores nada tem a ver com a tutela de rendas, posses ou propriedades. Nesse viés, não parece fácil tomar os sigilos do âmbito econômico, entre eles o sigilo bancário, como espécies do direito à privacidade. Por outro lado, considerando as informações bancárias, constata-se que estas, via de regra, podem ter alguma repercussão no plano da privacidade. Nesses casos, o sigilo bancário tem relação com o direito à privacidade e, por isso, deve ser considerado como um direito fundamental, decorrente do direito à privacidade.

Parcela da doutrina portuguesa defende que o direito à privacidade abrange o direito de impedir que terceiros, até mesmo o Estado e o Fisco, tenham acesso a informações ou dados sobre o que se denominou o campo de manifestação existencial do ser humano, no qual se depara a chamada liberdade bancária, abarcando o poder de escolha dos seus Bancos e de movimentar suas contas, sem ingerência, controle ou conhecimento de terceiros, inclusive do Estado, salvo havendo justo motivo conforme permissões legais (GOMES, 2006; COVELLO, 2001).

Constante da Constituição Portuguesa, o sigilo bancário é uma garantia individual do cidadão que visa a proteção dos dados, das informações e do patrimônio, de modo que é um reflexo da personalidade humana. O âmbito de proteção constitucional concedida ao sigilo bancário estará absolutamente condicionado do alcance e conteúdo que seja reconhecido ao direito à reserva da intimidade da vida privada (GOMES, 2006, p. 83).

O Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 145/2014, conclui que “[...] o bem protegido pelo sigilo bancário cabe no âmbito de proteção do direito à reserva da vida privada consagrado no artigo 26.º, n.º 1, da Constituição da República”, com o embasamento principal de que “a posição económica de cada um não deixa de ser uma projeção externa da pessoa, constituindo um dado individualizador da sua identidade” (acórdão do Tribunal Constitucional n.º 145/2014 de 13/02/2014, Processo n.º 521/2013, apud MONTEIRO, 2015, p. 72).

Por outro lado, a corrente que diverge desse pensamento entende que o sigilo é uma manifestação do direito à intimidade, e não do direito à privacidade. Entre os defensores dessa corrente, Sérgio Covello manifesta-se da seguinte forma:

O sigilo bancário existe para proteger a intimidade do cidadão. Esta é a sua causa de ser. Sua causa final. Os Bancos, no exercício de seu comércio, adentram na vida privada de seus clientes e de outras pessoas, inteirando-se de dados aos quais, se não fosse o desempenho de seu mister, jamais teriam acesso, porque geralmente permanecem excluídos do conhecimento alheio. Se, para exercer a sua profissão, os Bancos adentram na esfera da intimidade das pessoas, logicamente devem respeitá-la (COVELLO, 2001, p. 156).

Ainda assim, ao tratar do direito à intimidade, os defensores desta corrente mencionam como seu objeto a intimidade e também a vida privada, de modo que o que chamam de direito à intimidade corresponde ao direito à privacidade. Conclui o sobredito autor que:

Na intimidade, incluem-se tantos fatos de ordem espiritual como de ordem material, valendo ressaltar que o patrimônio e a atividade comercial constituem indubitavelmente projeção de sua personalidade, máxime numa sociedade capitalista, como a ocidental, e é muito compreensível que as pessoas tenham interesse em preservar esse aspecto da personalidade contra a indiscrição alheia (COVELLO, 2001, p. 156).

Uma linha mais radical, seguida por Benjamim Rodrigues, por seu turno, defende que o sigilo bancário não pode ser albergado dentro dos direitos fundamentais sobretudo “por subscrever uma aplicação isolada do princípio da tributação pelo lucro real”, articulando, para tanto, que todos “os aludidos poderes limitam o segredo bancário” (apud CORDEIRO, 2018, p. 386). No tocante à fiscalização tributária, admitir que a Administração pudesse aceder a dados respeitantes aos cidadãos sem seu consentimento e sem o prévio controle judicial seria retroceder a ideia de Estado de Direito e da separação dos poderes (CORDEIRO, 2018, p. 387). Por isso é necessário que haja sempre lei expressa para defender os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, como modo de limitar certos direitos, como o sigilo bancário e o que ele representa.

Em relação à diminuição da tutela do sigilo bancário, suscetível de ser derogada em confronto com outros valores e bens jurídicos protegidos, Noel Gomes “a evolução

normativa permite asseverar que se está a assistir, a nível do direito comunitário (e, por arrastamento, com evidentes repercussões no direito interno de cada Estado-membro, obrigado a transpor as diretrizes comunitárias), a uma crescente degradação do segredo bancário [...] (GOMES, 2006, p. 71).

Todavia, a realidade experimentada atinentes às infrações económicas envolvendo o fenómeno da fraude e evasão fiscais fizeram com que o legislador implementasse, por meio de reformas fiscais, mecanismos administrativos que possibilitassem o acesso aos dados bancários para confrontar e verificar o que foi declarado pelos sujeitos passivos. Nessa esteira, a Lei Geral Tributária, o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF) e a Lei n.º 5/2002 trazem importantes considerações acerca do sigilo bancário abrangendo o acesso da Administração Tributária às informações protegidas pelo segredo bancário.

Logo, o fundamento legal do sigilo bancário abrange o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF), nomeadamente nos arts. 78.º a 84.º manifesta-se em uma perspectiva profissional, o que justifica o próprio capítulo se intitular por “segredo profissional”. O predito diploma que se dedicou ao segredo profissional foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro e que revoga o regime do segredo bancário tratado pelo Decreto-Lei n.º 2/78, com a última alteração dada pelo Decreto-Lei n.º 157/2014, de 24 de outubro, diploma que até hoje consagra este segredo profissional.

A cláusula geral estabelecida no art. 78.º, n.º 1 do RGICSF impõe uma obrigação de sigilo para “os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional”. Do mesmo modo sujeitam-se a tal dever quem exerça ou tenha exercido funções no Banco de Portugal, e ainda quem lhe preste ou tenha prestado serviços, quer ocasional ou permanentemente (art. 80.º, n.º 1), bem como as autoridades, organismos, e pessoas que compartilhem informações com o Banco de Portugal, consoante o art. 81.º, n.º 5, a propósito dos deveres de cooperação com outras entidades e países. Ainda segundo o predito diploma, uma enumeração exemplificativa consagra elementos considerados relevantes que estão sujeitos a segredo, sendo estes “os nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias” (art. 78, n.º 2).

Ademais, algumas exceções devem ser consideradas, já que a legislação as trouxe quando permitiu a revelação do segredo consoante as permissões expressas legalmente previstas, o que atribui ao art. 79.º do RGICSF uma protuberância extrema, de modo que

demonstra a consagração da obrigação de sigilo como um direito relativo. Conforme a redação do seu n.º 1, o cliente pode autorizar expressamente a revelação, o que significa dizer que o próprio titular do direito tem o poder de restringi-lo. Portanto, assume tal exceção um carácter voluntário, cabível nos termos do art. 81.º do Código Civil. Não incluindo os casos em que exista tal autorização, a revelação só se constata nas condições trazidas pelo n.º 2 do art. 79.º, de forma que se constatam exceções de ordem institucional, e outras provenientes da própria legislação, resultantes da sua taxatividade com vistas à defesa de interesses públicos.

A revelação configura violação do dever de segredo nos casos em que ocorrer fora das situações em que esta é admissível, de sorte que o infrator se sujeita à responsabilidade civil, disciplinar e também criminal.

Já a Lei n.º 5/2002 trata das Medidas de Combate à Criminalidade Organizada, de modo que traz em seu artigo 4.º sob a epígrafe “controlo de contas bancárias e de contas de pagamento”, estabelece o dever de colaboração, desde que requerido e ordenado, ou somente ordenado caso seja o juiz a determinar – se tiver relevo para a descoberta da verdade –, que a instituição, no prazo máximo de 24 horas forneça a informação solicitada.

Na Lei Geral Tributária, o legislador consagrou a orientação de que “o acesso à informação protegida pelo sigilo profissional, bancário ou qualquer outro dever de sigilo legalmente regulado depende de autorização judicial, nos termos da legislação aplicável”, mas sem deixar de reconhecer que essa protecção de confidencialidade não “possa constituir uma protecção insustentável para as situações mais graves e notórias em que fundadamente se coloca o problema da evasão e fraude fiscal” (BARBOSA, 2005, p. 1.259).

Na supramencionada lei, o legislador, como hipótese essencial do procedimento de aquisição dos dados bancários, só permitia a derrogação do sigilo bancário mediante a prévia autorização judicial, sem qualquer exceção (art. 63, n.º 2). Com a alteração dada pela Lei Orçamental n.º 30/2000 ao dispositivo que tratava da questão, o legislador permitiu a quebra do sigilo bancário pela Administração Tributária, sem prévia autorização judicial, nos casos previstos em lei.

A matéria atinente ao regime de derrogação ao sigilo bancário encontra guarida nos artigos 63.º, 63.º-A, 63.º-B e 63.º-C da Lei Geral Tributária, que tratam da inspeção; das informações relativas a operações financeiras; do acesso a informações e documentos bancários, e; das contas bancárias exclusivamente afetas à atividade empresarial, respectivamente. Já o artigo 64.º da Lei Geral Tributária trata da confidencialidade como obrigação dos dirigentes, funcionários e agentes da Administração Tributária a guardar sigilo

sobre os dados coletados no procedimento (n.º 1), embora tal dever comportam algumas exceções (n.º 2). Alargou-se, pois, a facilidade com que a Administração Fiscal acesse dados sigilosos dos administrados.

Tendo em conta o permissivo legal para que a Administração Tributária possa aceder a elementos sob sigilo, estes não podem ser avaliados parcialmente, considerando apenas os interesses salvaguardados pelo instituto em comento. Outros valores e interesses que se põem ao sigilo bancário devem ser colocados em pauta, sobretudo interesses vinculados à Administração Fiscal, que poderão justificar o seu sacrifício (MONTEIRO, 2015, p. 74). Isso porque a existência do sigilo bancário não leva em consideração apenas a tutela da posição do cliente. Este dever ganha outras extensões, as quais, em um primeiro momento, visam proteger, em termos de reputação, a própria instituição bancária tendo em vista a confiança que deve oferecer ao cliente, além dos interesses recíprocos entre ambos e que vão além da proteção da informação respeitante ao cliente, revelando ainda que ao segredo se encontra subjacente um interesse público.

Nessa direção, a doutrina nacional e internacional afirma que o instituto do sigilo bancário visa tutelar, simultaneamente, interesses públicos e interesses privados (GOMES, 2006, p. 71). Entre as funções do instituto, o sigilo bancário exerce o papel de atender o interesse dos próprios banqueiros em manter a confiança do público em seu negócio, da qual depende o sucesso ou prosperidade das instituições bancárias. Outro papel reside no fato de que a mudança do foco de uma entidade bancária particularmente para o sistema financeiro e para a economia como um todo, de modo que o sigilo bancário exerce o papel de assegurar a credibilidade do sistema financeiro atraindo investimentos e promovendo a economia nacional.

Nas hipóteses em que o sigilo bancário tem fundamento constitucional, por estar ligado ao direito à privacidade, seus contornos em face da Administração Tributária dependem logicamente da valoração e composição de interesses dentro do marco definido pelo sistema constitucional. É a referida norma, a Lei Fundamental, que autoriza a atribuição legal à Administração Tributária de poderes facultativos para o exercício de sua atividade fiscalizadora visando à concretização do princípio da capacidade contributiva e o da pessoalidade, desde que observados os direitos individuais e consoante forma a ser fixada em lei.

Alguns especialistas entendem que a autoridade fiscal não possui a necessária isenção e competência institucional para excepcionar o sigilo bancário, de modo que isso possa impor confiança aos contribuintes enquanto sujeitos de direitos a serem assegurados (JORGE

MIRANDA). Menezes Cordeiro entende que a adoção de um sistema para a quebra do sigilo bancário, em que o Poder Judiciário seja o árbitro dos pedidos da Administração Tributária, seria mais justo porquanto consegue impor maior credibilidade à atuação fiscal, atende ao princípio da segurança jurídica e protege os direitos fundamentais (CORDEIRO, 2018, p. 388).

Essa corrente sustenta que não deveria ser conferida aos órgãos de fiscalização tributária atribuição para a requisição direta das informações sigilosas às instituições financeiras sem prévia ordem fundamentada da autoridade judicial, haja vista a violação do princípio do acesso à justiça e tutela jurisdicional efetiva de jurisdição (art. 266.º, n.º 2, CRP), o princípio da tipicidade tributária (103.º, n.º 2, CRP) e o princípio da proporcionalidade (art. 266.º, n.º 2, CRP), todos da Constituição (CORDEIRO, 2018, p. 390), no tocante à restrição de direitos fundamentais.

Por outro viés, a prevalência do interesse coletivo ganha relevo “[...] face ao princípio da igualdade, da capacidade contributiva (art. 104.º), assim como o dever fundamental de pagar impostos que se depreende do art. 103.º da CRP, tornando-se essencial no combate ao crime, à fraude e evasão fiscais” (MARQUES, 2016, p. 58), o que faz decair o plano individual, tornando-se a derrogação do sigilo bancário a regra no cenário contemporâneo, sem esquecer de mencionar a falta de responsabilidade, no aspecto fiscal, que se augura na sociedade moderna (MARQUES, 2016, p. 58).

É necessário, ademais, considerar a eventual tutela constitucional do sigilo bancário ao acolhimento do direito à intimidade, para averiguar a conformidade ou não do atual regime de derrogação do sigilo bancário no Direito Português, haja vista os limites impostos ao direito de sigilo bancário considerando a relação jurídica fiscal contemporânea.

4. A QUEBRA/DERROGAÇÃO DO SEGREDO BANCÁRIO NO SISTEMA DA LEI GERAL TRIBUTÁRIA (LGT)

De maneira clássica, as hipóteses em que a Administração e a Fiscalização Tributária tinham acesso a informações bancárias ou semelhantes dos contribuintes eram bastante pontuais. Para admitir o acesso aos elementos bancários dos contribuintes, a Administração precisava de autorização judicial, porquanto permitir tal acesso sem o consentimento destes cidadãos e sem prévio controle judicial seria um retrocesso ao Estado de Direito em face da violação aos direitos fundamentais (cf. CORDEIRO, 2018, p. 387).

Nessa esteira, tendo em consideração os limites impostos ao sigilo bancário, a Lei Geral Tributária cuja aprovação adveio pelo Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro,

passou a tratar da restrição do segredo absoluto em relação à Administração Pública. Consoante a predita lei, a quebra do segredo bancário só poderia ser autorizada pelos juízes dos tribunais comuns, de forma que restaram excluídos os tribunais fiscais nesta matéria (arts. 211.º, n.º 1, e 212.º, n.º 3, da CRP). Com o passar dos anos foram adotadas medidas que ampliaram a capacidade da Administração Fiscal no que toca ao acesso à informação bancária (MIRANDA, 2007, p. 5) e um “[...] dos factores que tem contribuído [...] para o enfraquecimento do segredo bancário é a pressão do Fisco no sentido de ter poderes que permitam o apuramento tão completo quanto possível de valores que possam ser tributados” (ATHAYDE, 1999, p. 514). Portanto, a derrogação do sigilo bancário é, por certo, um importante mecanismo anti-abuso, assumindo um papel preponderante no auxílio da Administração Fiscal ao combate da evasão e fraude fiscais.

Nesse sentido, a Lei Geral Tributária previu que a quebra do sigilo bancário pelas autoridades fiscais dependia da prévia autorização judicial, sem exceções (art. 63.º, n.º 2 com redação dada pelo Decreto-Lei n.º 398/1998). Em razão de um debate que aspirava uma profunda mudança legislativa, adveio a reforma fiscal de 2000, com a edição da Lei n.º 30-G/2000, modificando a redação do art. 63.º da LGT, de modo que o segredo bancário restou enfraquecido, mormente, pelo fato de consentir o acesso aos dados bancários à própria Administração Tributária, dispensando a autorização judicial, e ainda por alterar o Código de Procedimento e Processo Tributário, fixando “as condições do processo especial de derrogação, incluindo o recurso interposto pelo contribuinte de decisão da Administração Fiscal” (MIRANDA, 2007, p. 5).

Nessa esteira evolutiva, o regime de derrogação do sigilo bancário trazidos nos artigos 63.º e 63.º-B da LGT, incluídos pela Lei Orçamental n.º 30-G/2000, de 29 de dezembro, posteriormente foram modificados pela Lei n.º 55-B/2004, de 30 de dezembro (MIRANDA, 2007, p. 7). Vale ressaltar que as respectivas modificações, inseridas pela Lei n.º 30-G/2000 e pela Lei n.º 55-B/2004, inauguraram o n.º 2 do art. 63.º da LGT prevendo “o acesso à informação protegida pelo sigilo profissional, bancário ou qualquer outro dever de sigilo legalmente regulado depende de autorização judicial”. Tal dispositivo sofreu alterações com a Lei n.º 37/2010, de 2 de setembro suprimindo a palavra ‘bancário’, incluindo na parte final “[...] depende de autorização judicial, ‘nos termos da legislação aplicável’”.

O dispositivo legal em comento ainda previu que, nos casos de oposição do contribuinte, as diligências somente poderão acontecer mediante autorização do tribunal competente e desde que seja o pedido fundamentado pela Administração Tributária (art. 63.º, n.º 6). A LGT autoriza a inspeção pelos órgãos competentes em seu art. 63.º cujo

fundamento nas alíneas do seu n.º 1, mencionando em seu n.º 4 as hipóteses em que é legítima a falta de colaboração do visado pela ação de fiscalização (CARVALHO, GOMES & PAULA, 2019, p.203). Em síntese, mesma que seja dever do contribuinte cooperar com a Administração Tributária, as circunstâncias do n.º 4 do art. 63.º da LGT cessa tal dever, de sorte que o contribuinte pode se opor à realização da inspeção por via judicial (acórdão do STA, proc. n.º 06668/10, de 29.09.2010).

Em uma análise particular, a Administração Tributária é parte legítima e competente para, por intermédio de simples decisão administrativa, derrogar o segredo bancário (art. 63.º da LGT combinado com o disposto nos artigos 63.º-A e 63.º-B, da LGT), sendo ilegítima a falta de cooperação do contribuinte, com algumas exceções (art. 63.º, n.º 5, da LGT), podendo os contribuintes acessar os tribunais quando se sentirem lesados com essa derrogação (MIRANDA, 2007, p. 8).

Enquanto o art. 63.º-A trata das informações relativas a operações financeiras, o art. 63.º-B trata do acesso a informações e documentos bancários e a possibilidade de a Administração Tributária aceder quaisquer destes sem dependência do consentimento do titular. O art. 63.º-C versa sobre as contas bancárias exclusivamente afetas às atividades empresarial, ou seja, dispõe acerca da possibilidade de a Administração Tributária aceder documentos de suporte de registos contabilísticos dos sujeitos passivos de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC). Esses dispositivos trazem o regime substantivo de derrogação do sigilo bancário.

O art. 63.º-B permite que a Administração Tributária acesse elementos e informações bancárias mesmo sem consentimento do titular dos elementos protegidos (n.º 1), de modo que as decisões da Administração Tributária devem ter fundamentação mencionando expressamente os motivos concretos que as justificam (n.º 4), sem hipótese de recurso judicial (n.º 5, a contrário) (CORDEIRO, 2018, p. 389), ressaltando-se que a fundamentação pode ser feita por remissão, consoante entendimento majoritário da jurisprudência (acórdão do Pleno do STA, proc. n.º 0897/08, de 28.04.2010).

O predito artigo também permite que a Administração Tributária acesse documentos bancários de terceiros, de modo que as decisões da Administração Tributária devem ter fundamentação mencionando expressamente os motivos concretos que as justificam, mas somente pode apurar a movimentação bancária daquela conta, e não todo o histórico bancário deste terceiro (acórdão do STA, proc. n.º 012/18, de 31.01.2018).

Já a confidencialidade é trazida pelo art. 64.º como dever dos dirigentes, funcionários e agentes da Administração Tributária, de sorte que devem ser preservados em sigilo todos os dados recolhidos dos contribuintes bem como os elementos de natureza pessoal obtidos no procedimento (n.º 1), admitindo-se algumas exceções que cessam o dever de sigilo (alíneas do n.º 2). Nessa análise, a consagração da regra do sigilo fiscal (art. 64.º) corresponde à extensão e reconhecimento do direito à privacidade na esfera da atividade tributária. Os dados e informações do contribuinte de natureza pessoal assim como aqueles de natureza tributária somente podem ser revelados a terceiros, desde que a derrogação esteja expressamente autorizada, em casos de motivo social relevante e na medida necessária para satisfazer o equilíbrio entre os interesses em jogo (acórdão do STA, proc. n.º 0838/11, de 16.11.2011).

Se o legislador constituinte reconheceu o direito à privacidade como direito fundamental, o legislador ordinário se viu obrigado a restringir o direito à informação e criar instrumentos jurídicos com vistas a garantir o direito à privacidade do sigilo profissional, bancário e fiscal. A norma constitucional trouxe a possibilidade de restringir determinados direitos fundamentais para garantir a salvaguarda de outros também constitucionalmente protegidos (art. 18.º da CRP), mas tais restrições devem limitar ao essencial para alcançar os objetivos pretendidos (CARVALHO, GOMES & PAULA, 2019, p. 221) considerando ainda a transparência fiscal e cooperação em termos de levantamento de segredo (MARQUES, 2016, p. 57).

A atual conjuntura busca, pois, combater a fraude e a evasão fiscal, prevenindo e reprimindo de algum modo delitos graves praticados com apoio no sistema financeiro, como a lavagem de dinheiro, os crimes praticados contra a Administração Pública, entre outras infrações econômicas. Nessa esteira surgem os conflitos entre o direito à informação em poder da Administração e o direito à privacidade e intimidade dos administrados, os quais devem ser analisados considerando as disposições que regulam o acesso à informação, bem como as disposições que restringem tal acesso, ponderando os interesses em pauta.

5. CONCLUSÃO

Os sigilos bancário e fiscal não foram tutelados expressamente pela norma específica da Constituição Portuguesa de 1976. Contudo, não é difícil notar que o assunto está estreitamente vinculado à inviolabilidade da comunicação de dados, da integridade moral das pessoas e também da intimidade da vida privada.

Conforme o posicionamento doutrinário, o sigilo bancário ou fiscal concebe uma expressão do direito fundamental da intimidade da vida privada salvaguardado pela norma constitucional, em termos jurídico-positivos, porquanto o segredo bancário tem amparo nos seus artigos 26.º, n.º 1 (intimidade da vida privada e familiar) e 25.º (integridade moral das pessoas), tendo por principal objetivo, a toda evidência, resguardar a privacidade do indivíduo em face de terceiros, notadamente do próprio Estado, de modo que ele não passe por constrangimentos e perseguições injustificadas.

O sigilo bancário, portanto, trata de um dever de caráter profissional que sobrevém sobre os funcionários do Banco de forma que determina a obrigação de não revelação de informações que tratem sobre fatos ou elementos atinentes à própria instituição ou às relações estabelecidas entre esta com os seus clientes. O sigilo bancário refere-se à necessidade de proteção, pelas diversas instituições financeiras, da privacidade das informações e dados atinentes a uma determinada pessoa, nas relações que mantém com aquelas entidades. As informações sobre valores depositados pelo cliente em conta corrente e fundos de investimento, as movimentações financeiras de toda ordem, tais como depósitos, saques e transferências, além das dívidas relativas a contratos de financiamento são exemplos clássicos que estão abrangidos pelo sigilo bancário.

O sigilo fiscal, por seu turno, diz respeito a toda e qualquer informação relativa ao contribuinte, existente nos Bancos de dados dos Bancos, das instituições de crédito e sociedades financeiras e demais instituições que prestem serviços de pagamento. Assim como ocorre com os demais direitos e garantias fundamentais, o direito ao sigilo bancário e fiscal não é absoluto, por isso pode ser mitigado com alicerce nos princípios da razoabilidade/proporcionalidade, sempre que for invocado por seu titular como uma forma de tentar fugir à aplicação da lei.

Com base na Lei Geral Tributária, a permissão da derrogação do sigilo bancário ou fiscal abrange algumas hipóteses que autorizam a Administração Tributária aceder dados e informações bancárias sem a anuência do titular quando existir indícios de prática de crime em matéria tributária e quando existir fatos evidentemente identificados no plano concreto como indiciadores da falta de verdade do declarado. Em regra, o sigilo bancário ou fiscal deve ser preservado, mantidos fora do alcance de terceiros, só podendo ser exercido contra a vontade do contribuinte quando autorizado previamente por tribunal competente em pedido fundamentado, tudo para que reste garantido, tanto quanto possível, o direito à privacidade do indivíduo que teve o sigilo devassado.

Com base na análise da literatura e ainda considerando a questão da previsão legal da quebra do sigilo bancário pela Administração Tributária, há um confronto de valores e interesses de âmbito constitucional. Por um lado, o sistema tributário busca pela efetividade do princípio da capacidade contributiva tendo em vista o combate às infrações econômicas como a fraude e evasão fiscal. Já de outro, a relação de confiança entre instituições bancárias e seus clientes e, sobretudo, o direito ao sigilo bancário que, no caso, diz respeito ao direito à privacidade e intimidade deste cliente.

Observou-se, ainda, que a alternativa para solucionar a predita colisão de direitos deve promover uma ponderação razoável e proporcional entre os dois polos considerando o sistema constitucional, sobretudo os direitos fundamentais do indivíduo, em sua interação com a conjuntura social, política e econômico nacional, não deixando de lado o contexto internacional e a necessidade efetiva de flexibilizar o direito ao sigilo bancário e fiscal para combater a fraude e evasão fiscais, de modo que vem prevalecendo o interesse coletivo.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, J. C. V. (1987). *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina.
- ATHAYDE, A. de (1999). *Curso de Direito Bancário*. 2ª Edição. Vol I. Coimbra Editora.
- BARBOSA, P. E. H. (2005). Do Valor do Sigilo – O Sigilo Bancário, Sua Evolução, Limites: em especial o sigilo bancário no domínio fiscal – a reforma fiscal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. XLVI, n.º 2, Coimbra, Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J. J. G. (1998). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. G. & MOREIRA, V. (1993). *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora.
- CAMPOS, D. L. et al (1997). *Sigilo Bancário*. Lisboa: Instituto de Direito Bancário, Edições Cosmos.
- CARVALHO, M. J. R. P. de; GOMES, R. A. & PAULA, S. *Lei Geral Tributária: anotada e comentada*. Porto: Editora VidaEconómica.
- CORDEIRO, A. M. (2010). *Manual de Direito Bancário*. 4ª Edição. Lisboa: Almedina.
- CORDEIRO, A. M. (2018). *Direito Bancário*. 6ª Edição. Lisboa: Almedina.
- COVELLO, S. C. (2001). *O Sigilo Bancário*. 2ª Edição. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito.

CUNHA, J. M. D. da (2017). *Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira*. Editora Universidade Católica.

GOMES, N. (2006). *O segredo Bancário e Direito Fiscal*. Edições Almedina.

MIRANDA, S. M. B. C. S. de (2007). *O Segredo Bancário e a Administração Tributária*. Tese de Pós-Graduação. Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Porto, Portugal.

MONTEIRO, R. F. C. (2015). *O Sigilo Bancário e a Fraude Fiscal: interrelação científica e dogmática*. Dissertação de Mestrado. Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, Portugal.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. Assembleia Constituinte, 2 de Abril de 1976.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro. Aprova o Registro Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF).

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro. Aprova a Lei Geral Tributária (LGT) que enuncia e define os princípios gerais que regem o direito fiscal português e os poderes da administração tributária e garantias dos contribuintes.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 794/76, de 05 de novembro. Aprova a política de solos. Promulgado em 22 de Outubro de 1976.

PORTUGAL. Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Estabelece medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão. Proc. n.º 06668/10, de 29.09.2010.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão do Pleno. Proc. n.º 0897/08, de 28.04.2010.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão. Proc. n.º 0838/11, de 16.11.2011.

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo. Acórdão. Proc. n.º 012/18, de 31.01.2018.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 278/95 de 31/05/1995, processo n.º 510/91.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 145/2014 de 13/02/2014, proc. n.º 521/2013.

SANCHES, J. L. S. (1999). A situação actual do sigilo bancário: A singularidade do regime português. *Estudos de Direito Bancário*. Coimbra, Portugal.

SANCHES, J. S. (1995). Segredo Bancário e Tributação do Lucro Real. *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* n.º 377, Janeiro-Março.

SILVA, I. M. da (2010). Regime Geral das Infracções Tributárias, Cadernos IDEFF, n.º 5, 3.ª Edição. Coimbra: Almedina.

SOUSA, S. A. de (2006). Os Crimes Fiscais - Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador. Coimbra: Coimbra Editora.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO LIMITE ÀS INTERVENÇÕES GENÉTICAS SOBRE O EMBRIÃO

The Dignity of the Human Person as a Limit to Genetic Interventions on the Embryo

Lígia Carvalho Abreu¹

Universidade Lusófona
E-mail: p3919@ulusofona.pt

Bárbara Carneiro²

Universidade Lusófona
E-mail: barbaraccarneiro11@gmail.com

Resumo: Há uma característica que é transversal a qualquer fase da humanidade: a sede pela evolução e pelo progresso. A rápida e fervorosa evolução científica e tecnológica levou a resultados estrondosos, possibilitando um conhecimento mais profundo do ser humano. É neste contexto que surge a engenharia genética, área em que se integra e se desenvolve a problemática que assumimos explorar. A engenharia genética caracteriza-se por ser uma área de materialização dos almejos científicos e tecnológicos, mais concretamente, ao nível do genoma humano. A descodificação do genoma humano tem permitido avanços médicos e a descoberta de novos caminhos científicos e terapias. Tendo isto em consideração, naturalmente que se levantam questões não só científicas, éticas e morais, mas também jurídicas, em torno das práticas de intervenção no genoma humano associadas ao desenvolvimento da engenharia genética. Uma dessas questões é a compatibilização da inovação com a proteção do valor supremo intrínseco a cada ser humano: a dignidade. Se as práticas científicas e médicas ao serviço da vida e da saúde dos indivíduos, estão em conformidade com o núcleo essencial deste princípio, outras práticas que não servem este propósito poderão conflitar com a dignidade da pessoa humana e evidenciar a difícil conciliação entre a inovação científica e os direitos humanos. Neste âmbito distinguimos as intervenções nas células somáticas das intervenções nas células germinais através de técnicas que permitem a terapia e o aperfeiçoamento genético do embrião, analisando esta temática à luz de uma conceção da dignidade da pessoa humana reconhecida desde o momento da concepção e que abarca o direito à identidade genética.

Palavras-chave: dignidade; engenharia genética; eugenia; direitos humanos; identidade genética.

Abstract: There is a characteristic that is transversal to any phase of humanity: the thirst for evolution and progress. The fast and fervent scientific and technological evolution has led to stunning results that have enabled a deep knowledge of the human being. It is in this context that genetic engineering emerges, an area in which the problem we intend to explore is integrated and developed. Genetic engineering is characterized by being an overview of the materialization of scientific and technological aspirations, more specifically, at the level of the human genome. The decoding of the human genome has allowed medical advances and the discovery of new scientific paths and therapies. Taking this into consideration, it is natural that not only scientific, ethical and moral questions arise, but also legal ones, surrounding practices of intervention in the human genome associated with the development of genetic engineering. One of these issues is the compatibility of innovation with the protection of the supreme value intrinsic to each human being: dignity. If scientific and medical practices serving the life and health of individuals are in accordance with the essential core of this principle, other practices that not serve this purpose may conflict with the dignity of the human person and highlight the difficult reconciliation between scientific innovation and human rights. In this context, we distinguish interventions in somatic cells from interventions in germ cells through techniques that allow therapy and genetic improvement of the embryo, analyzing this theme in the light of a conception of the dignity of the human person recognized from the moment of conception and which encompasses the right to genetic identity.

Key Words: dignity; genetic engineering, eugenics; human rights; genetic identify.

¹ Professora Associada da Universidade Lusófona. Investigadora integrada do Centro de Estudos Avançados em Direito, Francisco Suarez (CEAD) da Universidade Lusófona e Investigadora Associada do Centro de Investigação em Direito e Sociedade (CEDIS) da Universidade Nova de Lisboa. Doutora em Direito pela Universidade de Genebra. Email: p3919@ulusofona.pt.

² Mestranda em Direito na Universidade Lusófona em ciências jurídico-criminais. Email: barbaraccarneiro11@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A ciência e a tecnológica têm oferecido ao ser humano meios que facilitam o desenvolvimento pessoal e a satisfação do seu desejo natural de progressão social.

Neste contexto, a engenharia genética, como área da biotecnologia que se dedica ao estudo do genoma humano e sua manipulação, tem contribuído para os avanços da medicina e nascimento de novas terapias vitais para a saúde, sem os quais o desenvolvimento pessoal e a progressão social ficariam comprometidos.

Todavia, o desenvolvimento da engenharia genética tem acompanhado uma tendência de superação ou de necessidade de se alcançar a quase perfeição da espécie humana, o que nos leva a pensar, à semelhança de Peter Singer, que a “ciência moderna nos apresenta a possibilidade milagrosa para nos melhorarmos”³.

É nesta linha que emergem técnicas que permitem a selecção de genes com vista não só à cura de doenças genéticas, mas também à alteração de características naturais e hereditárias do ser humano, fazendo ressuscitar as preocupações com a implementação de práticas eugénicas, uma vez que o genoma humano está cientificamente disponível para aqueles que o desejarem.

Daqui decorre que o desenvolvimento da engenharia genética obriga a adoção de medidas que compatibilizem a inovação com a protecção do valor supremo intrínseco a cada ser humano, reconhecido desde a sua concepção e independentemente da existência de capacidade de autodeterminação: a dignidade.

A dignidade aqui analisada é o fundamento dos direitos do embrião (ou futuro ser) face à liberdade em matéria reprodutiva dos pais, e ao mesmo tempo, princípio fundamental de resolução de conflitos entre esses direitos e, por conseguinte, limitador das intervenções genéticas no embrião.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA IDENTIDADE GENÉTICA

A dignidade da pessoa humana é, como bem afirma Jorge Miranda, o princípio que “confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais”⁴. Assim entendida, a dignidade da pessoa humana é princípio norteador na interpretação do núcleo essencial dos direitos plasmados tanto nas Convenções de Direitos Humanos, como nas Constituições dos Estados de Direito Democráticos, permitindo a

³ SINGER, Peter. “De compras del supermercado genético”. *Isegoría*. N° 27, 2002, p. 32.

⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª edição, Coimbra, 2008, p. 197.

resolução de colisão de direitos com respeito pela essência inviolável e inalienável do ser humano. Ela sustenta o reconhecimento dos direitos que nela encontram o seu fundamento e a obrigação do Estado de adotar medidas que a promovam e não obstaculizem a progressão do homem como ser livre, integrado socialmente, dono da sua própria história e destino.

Desta forma, o reconhecimento constitucional e também convencional da identidade genética fundamenta-se na dignidade da pessoa humana⁵, valor que é reconhecido tanto à pessoa nascida como à pessoa concebida⁶ e, por conseguinte, defendemos, tal como Jorge Miranda, que a procriação medicamente assistida deve ser regulamentada “em termos que salvaguarde, a pessoa humana”⁷. Portanto, também este princípio, analisado à luz deste entendimento, deverá ser aplicado aquando da proibição ou permissão de intervenções no genoma humano por parte das leis nacionais. Neste âmbito, citamos uma passagem do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 101/2009, processo n.º 963/06 sobre a apreciação da ilegalidade e da inconstitucionalidade da lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, lei da procriação medicamente onde se recorda o pensamento de Gomes Canotilho e Vital Moreira sobre ser “o princípio da dignidade da pessoa humana, em articulação com o direito à identidade genética, que justifica a imposição de deveres estaduais na defesa da vida e integridade do ser humano contra práticas eugénicas de selecção de pessoas e contra clonagens reprodutivas do ser humano”⁸.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FACE ÀS INTERVENÇÕES GENÉTICAS NO EMBRIÃO COM FINS TERAPÊUTICOS

A tecnologia da área da medicina reprodutiva permite a manipulação genética com a finalidade de conhecer o embrião sem que se realizem modificações no genoma humano. Tal conhecimento do embrião é essencial para identificar, por exemplo, patologias geneticamente transmissíveis de pais para filhos.

Todavia, o diagnóstico das malformações do embrião abriu a porta para o desenvolvimento e aplicação de técnicas que permitem a intervenção no património genético do embrião com vista a evitar que tais patologias sejam transmitidas para a futura criança.

⁵ Como base legal deste reconhecimento invocamos, por exemplo, o artigo 1 conjugado com o artigo 26 n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, bem como o artigo 1 da Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina, também conhecida por Convenção sobre os direitos do homem e da biomedicina.

⁶ Neste sentido *vide* MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais.” *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n.º 52, Abril/Junho de 2014, p. 77.

⁷ *Idem*.

⁸ CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Artigos 1.º a 107.º. Coimbra Editora, 4ª Edição – Reimpressão, 2014, p. 200.

Falamos aqui de uma medicina reprodutiva com objectivos terapêuticos de eliminação de doenças ou de atenuação dos seus efeitos mais graves, actuante no momento da reprodução assistida. Por exemplo, no processo de fertilização *in vitro* é possível “realizar diagnósticos anteriores à implantação no útero”⁹ e assim seleccionar os genes saudáveis que serão transferidos para o embrião.

A geneticista Mayana Zatz adopta uma perspectiva de prevenção da transmissão de doenças¹⁰ para justificar a importância de se aceitar a realização de testes genéticos numa fase precoce, baseada na evidência científica de que “os nossos genes, quando defeituosos, são responsáveis por mais de 7.000 doenças genéticas que nos afetam direta ou indiretamente. Elas atingem 3% das crianças nascidas de pais normais e são responsáveis, nos países do primeiro mundo (onde as doenças sociais já estão controladas), por 50% das mortes no primeiro ano de vida. Além disso, cerca de 10% das doenças de adultos (como diabetes, doenças psiquiátricas, vários tipos de câncer, entre outras) tem um componente genético importante.”¹¹

Tal como explica Danúbia Rezende, a par da realização de testes que permitem o conhecimento do perfil genético do embrião, os pais podem ir mais além do que a seleção embrionária e optar por uma intervenção no genoma do embrião *in vitro*, tendo por finalidade o nascimento de uma criança saudável sem doenças genéticas ou hereditárias.¹²

As malformações do embrião podem, assim, ser afastadas por meio de intervenções que consistem em aditar, substituir ou modificar os genes de forma a obter o património genético desejável, sem as quais não seria possível obter tal resultado.¹³

Cabe aqui reflectir sobre se a liberdade dos pais, neste âmbito, se insere nos seus direitos reprodutivos legítimos em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana.

As intervenções com finalidade terapêutica visam essencialmente, retirar do genoma humano aqueles genes ou células que limitam o próprio corpo humano, garantindo ao indivíduo uma vida saudável, propiciando o seu livre desenvolvimento e uma vida digna. Nas intervenções ao nível das células somáticas com fins terapêuticos, estamos perante uma

⁹ BRAUNER, Maria Cláudia e OLIVEIRA, Carolina. “Os limites à seleção e terapias genéticas sobre o embrião e a necessidade de manifestação do direito.” *Publica Direito*. Publicação XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB, 2014, p. 137.

¹⁰ Doenças que em muitos casos podem conduzir à morte precoce da criança.

¹¹ ZATZ, Mayana. “Genética e Ética”. *Revista CEJ*. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 16, mar. 2002, ano VI, pp. 23-24.

¹² REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. *Direito e Genética: Limites jurídicos para a intervenção no genoma humano*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 42 e 48.

¹³ BRAUNER, Maria Cláudia e OLIVEIRA, Carolina. “Os limites à seleção e terapias genéticas sobre o embrião e a necessidade de manifestação do direito.” *Publica Direito*. Publicação XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB, 2014, p. 137.

seleção de genes que permite a correção de uma malformação genética de um ser humano através da transferência para este de um gene saudável¹⁴, mas sem alteração da linha genética hereditária do indivíduo¹⁵, o que é comumente aceite.

Assim é, desde logo, nos termos do artigo 13º da Convenção para a proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina (doravante designada Convenção de Oviedo), ratificada por Portugal em 2001. Segundo a referida disposição convencional “uma intervenção que tenha por objecto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência”.

Desta forma, ao abrigo desta convenção seriam permitidas as intervenções nas células somáticas que não se perpetuam na linha hereditária ou seja aquelas modificações que começam e findam num determinado indivíduo e não alteram a sua linha genética hereditária, proibindo-se assim intervenções em células germinais com alteração da genética do indivíduo e da sua linha hereditária.¹⁶

Entendemos que os direitos reprodutivos no âmbito das intervenções nas células somáticas com finalidade terapêutica estão em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que os pais estão a zelar pela saúde dos filhos e até pela sua própria vida. Importa esclarecer que o fundamento da aceitação destas intervenções no genoma humano não reside no facto de considerarmos que pessoas com alguma patologia ou deficiência são menos dignas ou que é a ciência que lhes concederá a dignidade. O fundamento para a aceitação dessas práticas deve, obviamente, ser outro. A dignidade é intrínseca a todo o ser humano, desde a sua concepção, e ninguém pode ser discriminado em função de características subjectivas. Embora o reconhecimento da dignidade da pessoa humana não dependa do desenvolvimento pessoal não condicionado por patologias ou malformações, a melhoria da qualidade da saúde e da qualidade de vida é um benefício para o desenvolvimento livre da pessoa humana, na medida em que está poderá melhor, por exemplo, se deslocar, se expressar e decidir sobre sua vida. Ademais, tais intervenções não conflituam com o direito dos pais a construir família. Muito pelo contrário, ajudam a

¹⁴ Sobre este assunto *vide* BARBAS, Stela. “Testes genéticos, terapia génica, clonagem”. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, p. 320.

¹⁵ Como bem explicam Maria Cláudia Brauner e Carolina Oliveira, as alterações nas células somáticas de um embrião “não serão transmitidas aos seus descendentes”. BRAUNER, Maria Cláudia e OLIVEIRA, Carolina. “Os limites à seleção e terapias genéticas sobre o embrião e a necessidade de manifestação do direito.” *Publica Direito*. Publicação XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB, 2014, pp. 147.

¹⁶ Sobre este assunto *vide* ASCENSÃO, José Oliveira. “Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica.” *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, pp. 40 e ss.

que esse direito se concretize.

Não obstante se aceitarem as intervenções nas células somáticas com carácter terapêutico, a Convenção de Oviedo condiciona tais práticas no genoma humano a uma avaliação prévia de conformidade do procedimento com o princípio da proporcionalidade. Requer-se que a intervenção seja:

- adequada para atingir o fim terapêutico, o que obriga a que “o projecto de investigação tenha sido aprovado pela instância competente, após ter sido objecto de uma análise independente no plano da sua pertinência científica, incluindo uma avaliação da relevância do objectivo da investigação, bem como de uma análise pluridisciplinar da sua aceitabilidade no plano ético” (artigo 16 alínea iii da Convenção de Oviedo);
- necessária para atingir o fim terapêutico, sendo assim obrigatório ponderar se existem outras alternativas disponíveis para conseguir alcançar o mesmo fim. Tal como refere o artigo 16 alínea i) da Convenção de Oviedo “nenhuma investigação sobre uma pessoa pode ser levada a efeito a menos que estejam reunidas as seguintes condições: inexistência de método alternativo à investigação sobre seres humanos, de eficácia comparável”. A intervenção seria uma medida de *última ratio* após ponderação de possíveis alternativas e constatação da não existência de uma alternativa, como refere o artigo referido “de eficácia comparável” e
- proporcional em sentido estrito ou seja “os riscos em que a pessoa pode incorrer não sejam desproporcionados em relação aos potenciais benefícios da investigação” (artigo 16 alínea ii da Convenção de Oviedo).¹⁷

Sobre este último requisito, importa acrescentar que o respeito pela dignidade da pessoa humana não se compactua com tratamentos desumanos e degradantes. A pessoa não é um instrumento do progresso científico, nem tão pouco deve ser submetida à volatilidade de conjunturas económicas e sociais. A dignidade afirma-se no primado do ser humano tal como está descrito no artigo 2 da Convenção de Oviedo nos seguintes termos: “o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência”.

O princípio do primado do ser humano sobre a ciência conjugado com a aplicação do princípio da proporcionalidade aquando da escolha da intervenção leva-nos a aceitar

¹⁷Texto completo da convenção: <<https://files.diariodarepublica.pt/1s/2001/01/002a00/00140036.pdf> > (acesso 8 de Fevereiro de 2024)

aquela que tenha em vista a melhoria de certas características como por exemplo a visão ou a audição ou a que contribua para uma melhoria da saúde e da qualidade de vida, pois tal intervenção não conflituaria com a dignidade na medida em que propiciaria um melhor desenvolvimento autónomo da pessoa humana.

Quanto às intervenções nas células germinais que possam melhorar a saúde e a qualidade de vida do ser humano, alguns autores entendem que não deviam ser liminarmente rejeitadas se conformes com o respeito dos princípios fundamentais aliados à proteção dos direitos humanos.¹⁸

Não é esta a opção da Convenção de Oviedo, embora a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos no seu artigo 5 alínea e) apenas estabelece que “as intervenções no genoma de um indivíduo incapaz de consentir naquela só pode ser concretizada se a mesma foi efetuada em prol de um benefício de saúde para aquela pessoa”, sem exemplificar os tipos de intervenção.

Uma vez que as intervenções nas células germinais alteram a linha hereditária, as alterações produzidas no embrião vão-se repercutir nos seus descendentes. A falta de conhecimento científico suficiente sobre a amplitude dos efeitos das intervenções nas células germinais quer para o embrião quer para a sua futura descendência e a possibilidade de, por esta via, serem efectuadas “alterações irreversíveis no genoma humano”¹⁹, leva-nos a considerar que é primordial aplicar o princípio da precaução aquando da decisão sobre a aceitação deste tipo de intervenção com finalidades terapêuticas.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA FACE ÀS INTERVENÇÕES GENÉTICAS COM VISTA AO APERFEIÇOAMENTO DO EMBRIÃO

Tanto as intervenções nas células somáticas como nas células germinais podem ter uma finalidade de aperfeiçoamento do ser humano sem nenhuma conexão com a não transmissão de doenças genéticas ou hereditárias, em suma sem ter por propósito a proteção da saúde ou da vida. Por outras palavras, essas intervenções com vista ao aperfeiçoamento do embrião, ao serem aceites, permitiriam a introdução de características “físicas, traços morfológicos ou psicoafectivos”²⁰ que não pertencem ao seu genoma ou à sua linha de

¹⁸Sobre este assunto, Oliveira Ascensão, ao diferenciar as intervenções em células somáticas e células germinais, entende que qualquer intervenção que propicie qualidade de vida ou saúde ao ser humano, como por exemplo a melhoria da visão, não deveria ser liminarmente recusada. Cf. ASCENSÃO, José Oliveira, “Intervenções no genoma humano. Validação ético-jurídica.” *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, p.42.

¹⁹ BRAUNER, Maria Cláudia e OLIVEIRA, Carolina. “Os limites à seleção e terapias genéticas sobre o embrião e a necessidade de manifestação do direito.” *Publica Direito*. Publicação XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB, 2014, p. 147.

²⁰ BARBAS, Stela. “Testes genéticos, terapia génica, clonagem”. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, p.320.

hereditariedade.

Tais intervenções sobre o embrião seriam decididas pelos pais ao abrigo dos seus direitos reprodutivos. Assim, neste âmbito, estar-se-ia a entregar aos pais o poder de decidir sobre alterações irreversíveis ao património genético do embrião sem ter em conta o direito de autodeterminação da futura pessoa. E, se tais intervenções incidirem nas células germinais, também a futura descendência do embrião será determinada por tal aperfeiçoamento.

Naturalmente que esta problemática de dar o poder a alguém de corporizar, como bem entender e de forma irreversível, outra futura pessoa coincide com aquilo que se entende por instrumentalização do ser humano, o que é liminarmente recusado se nos basearmos na génese do princípio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana está assente na liberdade e autonomia do ser humano. Assim, as intervenções científicas no genoma humano devem ser consentidas de forma esclarecida. O consentimento esclarecido pressupõe a existência de autodeterminação sobre si mesmo. Todavia, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana não depende da existência dessa autodeterminação ou autonomia. Nas doudas palavras de Jorge Miranda “sendo a vida humana inviolável, a dignidade da pessoa humana refere-se à pessoa desde a concepção e não pressupõe capacidade (psicológica) de autodeterminação”²¹. O respeito pela dignidade do ser implica que os pais preservem a futura liberdade ou autodeterminação da criança e não utilizem o embrião como meio de satisfação pessoal. Entendimento contrário esvaziaria de sentido a máxima kantiana que tanto têm inspirado o direito: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio (...) No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.”²²

Daqui se extrai a importância de se preservar o património genético de um futuro ser humano e de o preservar também de intervenções que o instrumentalizem ao sabor de interesses supérfluos, narcisistas ou egoístas por parte dos pais.

A instrumentalização do ser humano, pelos próprios pais, materializada na procura

²¹ MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais.” *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 52, Abril/Junho de 2014, p. 74.

²²KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*. Edições 70. 1960, p. 69 e 77. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7828872/mod_resource/content/1/Fundamenta%C3%A7%C3%A3o%20da%20MetaF%C3%ADsica%20dos%20Costumes%20-%20Immanuel%20Kant.pdf> (acesso 29 de Fevereiro 2024).

da criança perfeita, leva alguns autores, como por exemplo Walter Osswald, a considerar que estaríamos neste caso perante uma “eugenia de indivíduos”²³ motivada por interesses egocêntricos ou nas palavras de Jürgen Habermas perante uma “eugenia positiva” ou “liberal”²⁴ que não prossegue fins terapêuticos mas apenas procura o aperfeiçoamento da espécie humana, com efeitos irreversíveis e desconhecidos.

Nestes termos, o que está subjacente a esta nova prática eugénica é a formação de um ser humano (um futuro filho) construído e alterado geneticamente, nos termos e limites definidos pelos pais. Ou seja, a eugenia que está aqui em causa, é a eugenia positiva concretizada e controlada, não pelo Estado²⁵, mas pelos pais que de livre e espontânea vontade se dirigem a clínicas para concretizar um ideal de criança. Assim, a futura pessoa seria um instrumento de concretização de desígnios que não são os seus – ou ainda que os percepcionem como seus mais tarde, é, de qualquer das formas, indissociável que aqueles tenham sido a *conditio sine quo non* do seu nascimento, o que absolutamente reduz a consideração da liberdade e autonomia enquanto corolário da dignidade da pessoa humana.

Ademais, quando definimos o conteúdo da dignidade da pessoa humana reportamo-nos à individualidade de cada ser humano ou seja a um indivíduo com características únicas mas que não está isolado dos demais. Consequentemente, a dignidade é indissociável de uma relação de responsabilidade entre seres humanos fundada no respeito das liberdades individuais.²⁶ Assim, o aperfeiçoamento genético irreversível do embrião expõe a problemática desta relação de responsabilidade entre os pais e o seu futuro filho. A este propósito, Marcos Rohling ao analisar o pensamento de Habermas afirma que este tipo de aperfeiçoamento genético “limita a simetria da responsabilidade que marca a relação entre pessoas livres e iguais”²⁷, limitação que seria extensível, nos casos de modificações na linha hereditária do embrião, às gerações futuras.

A identidade genética de um indivíduo seria assim um bem disponível através das intervenções no genoma humano e na linha hereditária por decisão de terceiros, sem possibilidade de este reverter no futuro a sua condição por meio de uma decisão livre e esclarecida.

²³ OSSWALD, Walter. “Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico pré-natal.” *Estudos de direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, p. 23.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. Martins Fontes, 2004, p. 26-27

²⁵ Uma prática eugénica estadual, infelizmente conhecida, foi aquela levada a cabo durante o regime da Alemanha nazi, em que foram mortas milhares de pessoas por serem consideradas degeneradas, inaptas e impuras face à “raça ariana”.

²⁶ Sobre esta dimensão da dignidade da pessoa humana *vide* MIRANDA, Jorge. A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais.” *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n° 52, Abril/Junho de 2014, p. 78.

²⁷ ROHLING, Marcos. “Habermas e a crítica à eugenia liberal.” *Pólemos*, Brasília, vol.2, n° 3, Julho 2013, p. 173.

Não é esta a visão ética e jurídica subjacente à proteção do património genético e da autodeterminação do ser humano como bens inalienáveis e indisponíveis. Nas palavras de Habermas, “com a decisão irreversível, que uma pessoa toma sobre a composição desejada do genoma de outra, surge entre ambas um tipo de relação, que questiona um pré-requisito até então evidente da autocompreensão moral de pessoas que agem e julgam de maneira autónoma. Uma compreensão universalista da moral e do direito parte da ideia de que nenhum impedimento de princípio se opõe a uma ordem igualitária de relações interpessoais. [...] a convicção de que todas as pessoas recebem o mesmo status normativo e devem umas às outras um reconhecimento recíproco e simétrico parte de uma reversibilidade fundamental das relações inter-humanas. Ninguém pode depender do outro de modo fundamentalmente irreversível.”²⁸

Ademais, aquilo que os pais idealizam como perfeito ou condizente com as suas expectativas é redutor da própria criança, enquanto ser humano. Se aos pais lhes for permitido fazer depender o nascimento do seu filho da existência das características subjectivas por eles escolhidas e conformes às suas expectativas, pode-se estar a caminhar para a sobrevalorização das características genéticas, apoiada na instrumentalização do ser humano.

Todavia, de acordo com o artigo 2 alínea b) da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, ao proclamar o respeito pela singularidade e diversidade de cada pessoa, reitera que o valor desta não pode ser aferido pelas suas características genéticas. E não poderia ser de outra forma, uma vez que cada indivíduo livre tem a mesma dignidade e não pode ser discriminado em virtude dessas características genéticas, tal como dispõe a supramencionada Declaração Universal no seu artigo 6.

De acordo também com o artigo 3 n° 2 alínea b) da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, estão proibidas no âmbito da medicina e da biologia, as práticas eugénicas que tem por objetivo a seleção de pessoas. No caso concreto da eugenia positiva ou liberal, de facto, a lógica que lhe está subjacente é a de seleção de genes, o que implica que, no limite, haja uma seleção de pessoas uma vez que a idealização de um futuro filho passa necessariamente por uma idealização também ela de uma pessoa perfeita. Portanto, nos termos desta lei, a eugenia positiva ou liberal parece estar liminarmente proibida. Ademais, à semelhança da Convenção de Oviedo, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos aceita as intervenções no genoma humano se estas forem

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. Martins Fontes, 2004, p. 88.

benéficas para a saúde. Nos termos do artigo 5 alínea e) da referida Declaração quando “um indivíduo não for capaz de manifestar seu consentimento, a pesquisa envolvendo seu genoma apenas poderá ser realizada para benefício directo à sua saúde, sujeita à autorização e às condições de proteção estabelecidas pela legislação. Pesquisa sem perspectiva de benefício directo à saúde apenas poderá ser efetuada com carácter excecional, com máxima restrição, expondo-se o indivíduo a risco e incómodo mínimos e quando essa pesquisa vise contribuir para o benefício à saúde de outros indivíduos na mesma faixa de idade ou com a mesma condição genética, sujeita às determinações da legislação e desde que tal pesquisa seja compatível com a proteção dos direitos humanos do indivíduo”. Desta forma, à luz deste preceito, as intervenções genéticas têm de ter uma finalidade ligada à proteção da saúde do ser intervencionado ou do outro ser humano em igualdade de condições genéticas e de idade.

A assimetria nas relações entre seres humanos que é visível quando pensamos na permissão de intervenções eugénicas irreversíveis com vista ao aperfeiçoamento humano leva-nos a questionar se práticas discriminatórias, com violação do princípio da igualdade seriam mais frequentes ou até aceites como não discriminatórias baseadas numa nova percepção das relações entre seres humanos. Neste contexto, é possível que exista a vontade de escolher, para um futuro filho, características mais vantajosas segundo uma percepção dominante do que é socialmente mais apreciado e adequado, excluindo-se socialmente ou até em contexto laboral aqueles que não são aperfeiçoados. Aliada a esta realidade discriminatória, exactamente por as intervenções com vista ao aperfeiçoamento genético serem circunscritas àqueles que têm possibilidades financeiras para as custear, agrava-se a desigualdade económica e social.

O receio e o medo associados às práticas eugénicas positivas ou liberais de aperfeiçoamento da espécie humana, traduzem-se na possibilidade mitológica, assim se espera, da criação e consumação de uma “super-raça humana”²⁹ que tornaria efectivas as distopias literárias que tanto se querem evitar, por se traduzirem no aniquilamento da humanidade.

Reconhecidamente, este extremo parece-nos estar longe de ser concretizado; muito longe, na verdade. No entanto, também já esteve mais distante do que está hoje e do que estará no futuro, tendo em consideração a evolução científica e tecnológica que pauta o nosso mundo e a sociedade globalizada. Aliás, a este propósito basta refletir sobre a

²⁹ Sobre este assunto *vide* ASCENSÃO, José de Oliveira. “Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica.” *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, p. 41.

inteligência artificial e a quimera que um dia já foi e, que hoje em dia, está cada vez mais vulgarizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos que o desenvolvimento da ciência com o intuito de promover a saúde e a vida humana à luz do princípio do primado da pessoa humana em conjugação com o princípio da proporcionalidade não conflitua com a dignidade da pessoa humana que fundamenta a inviolabilidade do seu património genético e é uma forma de consumação dos direitos reprodutivos dos pais, bem como de apoio à constituição de família, em consonância com estes princípios.

Todavia, existem práticas de engenharia genética que permitem, no momento da reprodução assistida, alterar o património genético do embrião, incluindo a sua linha hereditária, sem finalidades terapêuticas.

A instrumentalização da futura pessoa criada sobre pressupostos individualistas, daquilo que serão as características mais aprazíveis de ser e, eventualmente, de estar no mundo não é compatível com uma conceção de reconhecimento da dignidade da pessoa associada ao seu direito ao património genético, à sua individualidade e singularidade que enformam a sua existência.³⁰ A essência do ser humano ou a sua dignidade não dependem nem se esgotam no valor arbitrariamente atribuído a características genéticas.

Ademais, havendo a ínfima possibilidade de se formarem e enformarem seres humanos com níveis de beleza, modos de ser e de estar concordantes com a vontade dominante, é bem possível que surjam situações de discriminação em virtude da preferência por aqueles que são dotados de características consideradas essenciais e à medida de certas actividades. Essa discriminação será mais acentuada quanto mais o acesso a essas práticas estiver apenas acessível aqueles financeiramente mais avantajados.³¹

Considerando a sede de evolução que sempre norteou a atuação do Homem no mundo, impõe-se a continuidade de uma reflexão sobre os limites da ciência e da tecnologia no âmbito das intervenções sobre o genoma humano, sob pena de descaracterizarmos a humanidade e a sensibilidade que nos define, ao banalizar-se a mercantilização do genoma humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

³⁰ Sobre este assunto *vide* COSTA, Judith Martins. “Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: rumo à construção do Biodireito”. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol.II. Almedina, 2008, pp. 94 a 96.

³¹ No mesmo sentido *vide* ASCENSÃO, José de Oliveira. “Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica.” *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, p. 38.

ALEXANDRINO, José Melo. *Direitos fundamentais: Introdução Geral*. Príncipe Editora, 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. “Intervenções no genoma humano. Validade ético-jurídica.” *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, pp.25-47.

BARBAS, Stela. “Testes genéticos, terapia génica, clonagem”. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, 309-328.

BOTELHO, Catarina Santos. “A Dignidade da Pessoa Humana – Direito Subjetivo ou Princípio Axial.” *Revista Jurídica Portucalense/Portucalense Law Journal*, nº21. 2017, pp. 256-282. Disponível em: <<https://revistas.rcaap.pt/juridica/issue/view/752>> (Acesso a 8 de Fevereiro de 2024).

BRAUNER, Maria Cláudia e OLIVEIRA, Carolina. “Os limites à seleção e terapias genéticas sobre o embrião e a necessidade de manifestação do direito.” *Publica Direito*. Publicação XXIII Congresso Nacional CONPEDI/UFPB, 2014, pp.135-154 <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a2b121776e9f9e18>> (acesso 8 de Fevereiro de 2024).

BUYSE, Antoine. Dignified Law: The Role of Human Dignity in European Convention Case-Law. *ECHR Blog*, 2016. (Disponível em: <<https://www.echrblog.com/2016/10/the-role-of-human-dignity-in-echr-case.html>> (Acesso a 8 de Fevereiro de 2024).

CANOTILHO, J.J Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, Artigos 1º a 107º. Coimbra Editora, 4ª Edição – Reimpressão, 2014.

ÇELIK, Elif. Exploring the use of the concept of human dignity in disability human rights law: form the CRPD to ECtHR. *The Age of Human Rights Journal*, nº 17, 2021, pp. 27-53. (Disponível em: <https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/CELIK-2021-Human_dignity_in_disability_human_rights_law.pdf> (Acesso a 8 de Fevereiro de 2024).

COSTA, Judith Martins. “Bioética e Dignidade da Pessoa Humana: rumo à construção do Biodireito.” *Estudos de Direito da Bioética*, Vol.II. Almedina, 2008, 87-109.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana – A caminho de uma eugenia liberal?* Almedina, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *O Futuro da Natureza Humana. A caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. Martins Fontes, 2004.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I – Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1º a 79º*. Coimbra Editora, 2ª Edição, 2005.

MIRANDA, Jorge “A Dignidade da Pessoa Humana e a Unidade Valorativa do Sistema de Direitos Fundamentais.” *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, nº 52, Abril/Junho de 2014, pp.71-91. (Disponível em:

<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2550135/Jorge_Miranda.pdf> (acesso a 8 de Fevereiro de 2024).

JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4ª edição, Coimbra, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Edições 70, 1960, Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7828872/mod_resource/content/1/Fundamentacao%20da%20Metafisica%20dos%20Costumes%20-%20Immanuel%20Kant.pdf> (acesso 29 de Fevereiro 2024).

MORGADO, Marta da Fonseca. “Intervenções no genoma humano: problemática ético-jurídica”. *RJLB*, Ano 2, nº 6, 2016, pp. 1119 a 1160. Disponível: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/6/2016_06_1119_1160.pdf> (acesso a 8 de Fevereiro de 2024).

MOTA, Henrique. “Interrupção voluntária da gravidez”. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, Almedina, 2005, pp.298-308.

NUNES, Rui Manuel Lopes. “Informação genética pessoal e informação de saúde”. *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II. Almedina, 2008, pp. 299-316.

OSSWALD, Walter. “Diagnóstico genético e medicina predizente. Diagnóstico pré-natal.” *Estudos de direito da Bioética*, Vol. I. Almedina, 2005, pp.17-23.

PEREIRA, Ana Leonor. Eugenia em Portugal. *Revista da História das Ideias – O Livro e a Leitura*. Volume 20, Instituto de História e Teoria das Ideias Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, 1999, pp. 531-600.

REZENDE, Danúbia Ferreira Coelho de. Direito e Genética: *Limites jurídicos para a intervenção no genoma humano*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

ROHLING, Marcos. “Habermas e a crítica à eugenia liberal.” *Pólemos*, Brasília, vol.2, nº 3, Julho 2013, pp. 165-184 <<https://periodicos.unb.br/index.php/polemos/article/view/11554>> (acesso 8 de Fevereiro de 2024).

SERRÃO, Daniel. “Os desafios contemporâneos da genética.” *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II. Almedina, 2008, 369-379.

SINGER, PETER. “De compras del supermercado genético”. *Isegoría*. Nº 27, pp. 19-40. Disponível <<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/552>> (acesso 8 de Fevereiro de 2024).

SLOTERDIJK, Peter. *Regras para o parque humano – Uma resposta à “Carta sobre o Humanismo”*. Angelus Novus, 2007.

ZATZ, Mayana. “Genética e Ética”. *Revista CEJ*. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, n. 16, mar. 2002, ano VI, pp. 23-25.

WERTHEIN, Jorge, BORGES, Maria Dulce Almeida e CUNHA, Célio da **Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**, UNESCO, 2001

Disponível em
<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por/PDF/122990por.pdf.multi
> (acesso 8 de Fevereiro de 2024).

A EVOLUÇÃO DA IMPRENSA FEMININA BRASILEIRA: A INSERÇÃO DO MOVIMENTO FEMINISTA NA ESCRITA E NA MÍDIA DIGITAL

The evolution of Brazilian Female Press: The insert of Feminist Movement in writing and Digital Media

*Mayara Lopes da Costa*¹

Universidade de Vigo
Email: maria.elisabet.barreiro.morales@uvigo.es

*Mateus Catalani Pirani*²

Universidade Católica de Santos
E-mail: mateus.pirani@unisantos.br

RESUMO: Este trabalho busca trazer, através de uma metodologia dedutiva, dados bibliográficos e históricos acerca do contexto político e social da origem da imprensa no Brasil. A imprensa, a princípio dominada pelos homens, tinha a escrita sobretudo voltada para as mulheres, traçando o rol de expectativas em relação ao seu comportamento e beleza. Oportunamente, a pesquisa irá expor a trajetória da imprensa feminina brasileira: logicamente, o surgimento da imprensa feminina refletia as transformações pelas quais passava a sociedade, e gradativamente foi conquistando espaço e influenciando em uma nova maneira de ser esperado e pensado o comportamento feminino, diversamente de tudo que era pregado anteriormente. As mulheres foram deixando os bastidores e passando a ocupar o protagonismo. Nesse sentido, a pesquisa também buscará expor a reação da sociedade ao que foi considerado uma “afrenta” com o surgimento do posicionamento feminino, sobretudo no contexto político da década de 60, ainda ocorrente atualmente. Tudo isso objetivando efetivar a garantia das mulheres ao acesso à leitura, à escrita e ao jornalismo, no período que inclui 1900 até os anos 2000, quando surgiu a mídia digital. Essas foram etapas percorridas pelas mulheres, não sem esforços e embates, almejando a defesa dos seus direitos de liberdade de expressão, informação e cidadania, almejando também demarcar no campo da escrita a constituição de uma imprensa propriamente feminista, a partir do final do século XIX e início do século XX.

PALAVRAS-CHAVE: Imprensa feminina; Feminismo; Mídia Digital; Quarta Onda.

ABSTRACT: This paper brings, through a deductive methodology, bibliographic and historical data on the political and social context of the origin of Brazilian's press. The press, a principle dominated by men, had a writing mainly aimed at women, outlining the list of expectations regarding their behavior and beauty. In due course, the research will expose the trajectory of the Brazilian female press: of course, the emergence of the female press reflected the transformations that society was going through, and gradually it was conquering space and influencing in a new way to be expected and thought about female behavior, differently of everything that was preached previously. The women left the backstage and started to take center stage. In this sense, the research will also seek to expose the reaction of society to what was considered an “affront” with the emergence of the feminine position, especially in the political context of the 1960s, which still occurs today. All this aiming to effect the guarantee of women to access to reading, writing and journalism, in the period that includes 1900 until the 2000s, when digital media appeared. These were steps taken by women, not without effort and struggle, aiming to defend the rights of freedom of expression, information, and citizenship, also aiming at demarcating in the field of writing a constitution of a properly feminist press, between 19th and 20th century.

KEYWORDS: Women's press; Feminism; Digital Media; The Fourth Wave.

INTRODUÇÃO

¹ Doctora en Derecho. Profesora de Sistemas Jurídicos Contemporáneos: Derecho continental y derecho anglosajón, Faculdade de Direito (Ourense), Universidade de Vigo. Email: maria.elisabet.barreiro.morales@uvigo.es.

² Doutorando em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos; Docente desde 2016 na mesma instituição. Atua como Presidente da Comissão de Direito Eletrônico e Educação Digital da OAB/Santos – SP. E-mail: mateus.pirani@unisantos.br.

Originariamente, a expressão “imprensa” nasceu com a descoberta da máquina de imprimir (“prensa”), destinada ao escrito em tinta de tipos ou caracteres metálicos sobre o papel em branco.

Com o passar do tempo, a “imprensa” deixou de ser causa e passou a designar o efeito, ou seja, tornou-se o papel impresso ou a arte gráfica posta em circulação no mercado e ao conhecimento da sociedade.

Inicialmente, a imprensa brasileira fora liberada em 1808, com a vinda do D. João VI. Bem mais tarde, foi possível encontrar duas direções bem definidas da imprensa feminina: a tradicional, que não permitia liberdade de ação fora do lar e que engrandecia as virtudes domésticas e as qualidades “femininas”; e a progressista, que defendia os direitos das mulheres, dando grande ênfase à educação. Mas, por muito tempo o objetivo máximo das mulheres restringiu-se a buscar o “amor verdadeiro”.

Assim, o marco inicial que indica o surgimento da mídia alternativa feita por mulheres acontece ainda no século XIX, com a publicação de jornais que discutiam principalmente a participação política das mulheres e as mudanças de costumes. Isso quer dizer, as experiências de produção de veículos acompanharam as lutas das mulheres por direitos, inclusive o direito à escrita. E lançaram as bases do que seria, décadas mais tarde, uma imprensa assumidamente feminista, marcada pela ousadia feminina.

A justificativa do trabalho pauta-se no avanço da expressão feminina que foi consequência exclusiva de revoluções propostas por mulheres ao longo da história da imprensa.

A pesquisa objetiva-se a abordar a evolução da imprensa feminina até os dias atuais, após ser introduzida na mídia. Ainda que a fundação de um jornal de mulheres tenha acontecido em 1850, antes já haviam mulheres que colaboravam com os bastidores das publicações, assim abrindo espaço gradativamente na escrita feminina, mesmo que sob pseudônimos masculinos.³

Procurou-se expor como se deu essa política de imprensa alternativa e feminista, antes mesmo que fosse amplamente conhecido o sentido da expressão “feminista”, isto é, mulheres que agiram de acordo com o movimento mesmo sem reconhecerem a si próprias como mulheres feministas. E a ênfase que a introdução na mídia trouxe para o movimento.

O trabalho busca responder, sem a pretensão de esgotar o tema, qual teria sido o impacto da inserção das mulheres, consideradas como o segundo sexo, em uma imprensa

³ WOITOWICZ, Karina Janz. **Marcos históricos da inserção das mulheres na imprensa: A conquista da escrita feminina**. Porto Alegre: Jornal Alcar UFRGS, 2012.

que fora criada inicialmente para satisfazer as vontades e desejos dos homens, quando afirmavam interesse em “tal tipo de mulher”. Só que não se percorria o caminho inverso: jamais o texto indagava o que as mulheres esperavam dos homens (além de amor): A personagem perguntava “o que eles queriam dela? ”, mas não se questionava: “o que ela queria deles? ”

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA ORIGEM DA IMPRENSA COLONIAL NO BRASIL

Sob uma breve perspectiva histórica, no Brasil Colonial, não havia universidades. Era também um dos únicos países, excetuados pela Ásia e África, que não produzia palavra impressa. Até 1808, data da chegada de D. João VI, as palavras impressas eram proibidas no país. As poucas tentativas de aderirem às tipografias foram esbarradas com a intransigência das autoridades portuguesas. Temiam os portugueses deixar entrar essas novidades no país, e por influências delas, verem escapar-lhes das mãos a “galinha dos ovos de ouro” que era para eles o Brasil.⁴

Contudo, a vinda de D. João VI, PR, realizou grandes modificações, principalmente no que tange ao cenário político e social. Com a abertura dos portos às nações amigas, quebrou-se o monopólio com Portugal e o país vira florescer o comércio. Com o isolamento português na presença francesa em seu território europeu, foi gerado investimento na criação de fábricas de ferro, pólvora e vidro na colônia americana. Também tornou-se necessário fazer imprimir os atos do governo e de divulgar notícias interessantes à Coroa. Daí fora implantado no Brasil, com a chegada do rei, a imprensa.⁵

Essa mudança radical seria seguida, quatorze anos depois, pela Independência. No entanto, entre a chegada do rei e o Sete de Setembro de 1822, uma série de acontecimentos locais e internacionais acarretariam a Independência do Brasil, período no qual houve desaparecimento do primeiro jornal brasileiro. O elemento essencial para esse processo fora mesmo a mudança do centro de poder português de Lisboa para o Rio de Janeiro, com todas as suas consequências. Entre elas, as mais decisivas foram a revolução.⁶

Durante os quatorze anos, a partir de 1º de junho de 1808, Hipólito José da Costa Furtado, o primeiro jornalista brasileiro que nascera no Uruguai, se formara em Portugal, conhecera os Estados Unidos antes e melhor que qualquer outro de seu tempo e que viveria a maior parte de sua vida na Inglaterra se dedicou a publicar um jornal para o Brasil: o

⁴ SODRÉ, Nelson Werneck. História da imprensa no Brasil. 4 ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

“Correio Braziliense”. Através de seu olhar, fora conhecido o lugar da mulher, do negro e do índio na sociedade naquela sociedade, e diversas comparações entre os regimes de Estados Unidos e o Brasil.⁷

O jornal fora intitulado “Correio Braziliense”, porque naquele começo de século XIX, chamava-se brasileiros aos comerciantes que negociavam com o Brasil e brasileiros aos índios. Brazilienses eram os portugueses nascidos ou estabelecidos no Brasil e que se sentiam vinculados ao Brasil como à sua verdadeira pátria.⁸

Daí, então, origina-se a imprensa no contexto brasileiro, surgindo a imprensa feminina somente no final do século XIX e primeiros anos do século XX.⁹

A existência da corte passou a influir na vida da mulher do Rio de Janeiro, exigindo-lhe mais participação. O Rio estava abandonando seu caráter provinciano para ser uma capital em contato com o mundo. Nesse contexto, as tendências europeias eram copiadas e aí entra o fator imprensa, primeiro com a importação de figurinos vindos de fora e depois com a publicação de jornais e revistas que reproduzissem gravuras de moda. As primeiras publicações dirigidas às mulheres, por essa razão, traziam moda. O jornalismo feminino, nessa época significava, basicamente, moda e literatura.¹⁰

Assim, o mais provável é que o primeiro periódico feminino brasileiro tenha sido o carioca “O Espelho Diamantino”, publicado em 1827. O fato é que a imprensa brasileira começava a nascer por volta de 1820 (junto com a efervescência política da independência, constituinte, etc.), cujos contornos serão melhor analisados a seguir.¹¹

2. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA IMPRENSA FEMININA BRASILEIRA

Houve um momento em que apareceu, na civilização ocidental, um tipo de veículo impresso dirigido às mulheres. Provavelmente o surgimento de jornais ou revistas femininos estaria relacionado com a ampliação dos papéis femininos tradicionais, limitados até então ao lar ou ao convento. E também com a evolução do capitalismo. Contudo, de qualquer modo, entre a literatura e as chamadas artes domésticas, o jornalismo feminino já nasceu complementar, revestido de um caráter secundário, tendo como função o entretenimento e, no máximo, um utilitarismo prático ou didático.¹²

⁷ Ibidem.

⁸ Ibidem.

⁹ BUITONI, Ducília Schroeder. **Mulher de papel, a representação da mulher pela imprensa feminina brasileira**. 2ª ed. São Paulo: Summus, 2009. P. 29-49.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Ibidem.

Na década de 1840, iniciava-se o governo de D. Pedro II, e a imprensa começa a se estabilizar, principalmente em relação aos jornais maiores. Em 1860, mais a frente, estava chegando a hora da imagem surgir no jornalismo brasileiro, com o lançamento da “Semana Ilustrada”, de Henrique Fleiuss e, justamente essa arte crítica passou a ser fruto de uma sensibilidade que filtrava humoristicamente a sociedade de seu tempo.¹³

Dentre os principais nomes de publicações femininas, do Rio de Janeiro, a partir de 1850, encontram-se: “Novellista Brasileiro ou Armazem de Novellos Escolhidos”; “Jornal das Senhoras” (1852-1855); “Recreio de Bello Sexo” (1856); “O Espelho (1859-1860); “A Primavera (1861); “Bello-sexo” (1862); “A Bella Fluminense” (1863-1864); “O Jornal das Famílias” (1863-1878); “O Domingo” (1873-1875); “O Sexo Feminino” (semanário dedicado aos interesses e direitos das mulheres, por Francisca Senhorinha da Mota Diniz, em 1875-1877); “Jornal das Moças (1876) e “O Recreio das Moças” (1876-1877); “O Echo das Damas” (1879-1880); “A Estação” (1879-1904); “A Mãe de Família” (1879-1888); “República das Moças” (1879); “Primavera” (1880); “O Beijo” (1881); “Echos das Damas” (1885-1888); “O Sexo Feminino” (reaparecimento do primeiro jornal a defender com bom senso os direitos das mulheres, requerendo igualdade em relação aos dos homens, em 1887-1889)/ “A Família” (fundado por Josephina Alvares de Azevedo, defendia a emancipação das mulheres, em 1889-1897); “O Quinze de Novembro do Sexo Feminino” (1890-1896); “O Mimo” (1896); “A Violeta” (1848); “A Camélia” (1854); “O Lírio” (1860); “A Crisália e a Borboleta” (1868); “O Leque” (1886); “A Violeta” (1887); “A Família” (1888-1889); “A Pérola” (1889); “Jornal das Damas” (1890); “A Camélia” (1890); “Revista das Modas” (1892); “A Mensageira” (revista fundada por Presciliana Duarte de Almeida, sendo a primeira mulher a entrar na Academia Paulista de Letras, 1897-1900); “O Ramilhete” (1898); “A Borboleta” (1898); “Álbum das Meninas” (1898); “O Beija-Flor (1899).¹⁴

2.1 Imprensa feminina na década de 1900 aos anos 2000

No contexto da década de 1900, foi assistido ao crescimento e à popularidade das revistas ilustradas. A imprensa brasileira dos grandes centros já havia ingressado na era capitalista, e os jornais já eram considerados empresas industriais e comerciais. Continuaram a surgir pequenos jornais femininos, todos de curta existência. Sobreviviam apenas as formas do século passado, ligados a uma imprensa artesanal, muitas vezes criadas por uma ou duas

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

pessoas. Contudo, havia perspectivas mais sérias em relação às mulheres, só que na imprensa em geral, não especificamente feminina.¹⁵

O início da década de 1910 seria marcado pela campanha civilista, em que Rui Barbosa defrontava-se com Hermes da Fonseca pela presidência. A imprensa dividiu-se entre os dois candidatos. Surgia ainda em São Paulo um veículo “mais completo”, dirigido especialmente às mulheres: a “Revista Feminina”, fundada por Virgilina de Souza Salles, sendo publicada no período de 1914 até 1935. Apresentava as seções tradicionalmente femininas e incluía uma filosofia editorial que defendia os direitos das mulheres (por exemplo, o voto feminino). Portanto, não era um produto meramente comercial. Não esquecendo que os jornais e revistas femininos do século XIX não ultrapassavam 10 ou 16 páginas.¹⁶

Na esfera política, a campanha sufragista ia se firmando, com algumas mulheres tomando atitudes concretas. A advogada Myrthes de Campos, por exemplo, primeira mulher a ser aceita na Ordem dos Advogados, havia requerido seu alistamento eleitoral por volta de 1905, sem sucesso. As mulheres se movimentavam e a imprensa noticiava e comentava esses eventos, que também se refletiram em revistas femininas. Bertha Lutz, bióloga e advogada, tratava da condição feminina e afirmava que a emancipação estava na educação da mulher e do homem, na “Revista da Semana”, de 1918.¹⁷

A influência da arte europeia, somada a fervores nativistas e à fermentação cultural urbana, explodiria na Semana da Arte Moderna, em 1920. No que tange ao uso de imagem desenhada, a imprensa brasileira continuava bastante criativa. Também, a imprensa ia se distanciando do opinativo e a reportagem começava a tomar espaço. Assim, as fotos deixavam, algumas vezes, de ter um caráter meramente ilustrativo para envolverem algum componente de informação. A Revista Feminina, de São Paulo, continuava sua carreira firme. O artigo sobre feminismo “A mulher e os seus direitos no futuro”, de Ana de Castro Osorio, trouxe reflexões lúcidas, como a questão feminista, para ela, resumir-se na reivindicação de direitos legais e sociais para as mulheres. Embora tentando fazer conexão da mulher ao mundo material, tratando de sua educação, de sua saúde, de seus direitos, do trabalho feminino, de sua conscientização, de sua informação, do contato com o mundo proletário, ainda existia a mulher etérea, cultivadora de valores morais e religiosos, fomentando o culto à beleza e à perfeição, enfim, o modelo proposto.¹⁸

¹⁵ Ibidem, p. 51-54.

¹⁶ Ibidem, p. 51-64

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem, p. 64-77.

Finalmente as mulheres brasileiras chegavam ao direito de voto, em 1932, por decreto do presidente Getúlio Vargas. A Revolução constitucionalista, a Constituição de 1934 seria o caminho democrático. Foi essa a Constituição a incorporar definitivamente o voto feminino. Em 1937 houve interrupção pelo Estado Novo. Com ele, o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP), que cercearia a cultura brasileira. A crítica política arrefecia.¹⁹

Sob o título “Arte de conversar...”, da seção feminina “Dona na Sociedade”, era possível notar que o autor se esforçava para imprimir uma visão “feminina” aos assuntos tratados, embora dentro do estereótipo de superficialidade que se esperava da conversa entre as mulheres. Em São Paulo, já fazendo parte do sentimento “paulista” das mulheres deste estado, surgia o jornal “A Reação”, em 1931, que se no primeiro número enfatizava o sofrimento da classe média, no n. 30 defendia a mãe solteira. Havia revistas, como “A Cigarra” e “Alterosa”, que não eram revistas femininas, mas se preocupavam com a figura da mulher e continham várias colaboradoras.²⁰

O jornalismo feminino ainda não havia encontrado formas mais “jornalísticas” de tratar a realidade. A imprensa feminina se limitava aos assuntos tradicionais: moda, beleza, crianças, etc. No mais, havia textos literários ou pseudoliterários, beletristas ou no máximo artigos a respeito de algum problema da época. Reportagens e entrevistas quase não apareciam. Por essa razão, a relação da imprensa feminina com o fato da atualidade era (e ainda é) pouco frequente. Uma das únicas maneiras do “real” entrar na imprensa feminina seria como assunto de um artigo ou editorial.²¹

Na década de 1940, o jornalismo americano expandiu-se. As agências mandavam material que era traduzido e raramente adaptado. Hollywood difundia o otimismo como padrão, mesmo em tempos de guerra. O padrão era a artista estrangeira norte-americana. Havia um teste chamado “Que mulher é você?”, que demonstrava o interesse pela psicologia colocando o problema fundamental dos tipos de personalidade. Era ilustrado com fotografias de artistas norte-americanas que representavam cada um dos “tipos”. O padrão de beleza apresentado portava as seguintes características: mulher branca, de “pele fina”, bem-proporcionada e com cabelos e olhos bonitos. Faz-se notar, também, que a aparência física muito era interligada ao temperamento. Assim, se a mulher tivesse determinado porte físico, teria determinado comportamento.²²

¹⁹ Ibidem, p. 77 – 86.

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem, p. 86-97.

O teste mencionado procurava relatar qual o “potencial de encanto” que a leitora tinha e como deveria explorá-lo para “agradar e triunfar na vida”. Sete rótulos eram propostos: a amorosa; a esposa; a inteligente; a camarada; a mulher-criança; a deslumbrante; a material. São sete estereótipos apresentados por meio da descrição de algumas características, sugerindo comportamentos que “ajudariam a mulher a ser mais feliz”.²³

Nesse sentido, a “amorosa”, caso casasse, seria perfeita para seu marido e seus filhos. A “maternal” seria o protótipo da paz e da maternidade feliz. A “mulher-criança” seria uma esposa gentil, sobretudo se desposasse um homem relativamente mais velho do que ela e que se divertisse com sua criança. No entanto, as duas categorias diferentes, a “inteligente” e a “camarada” eram colocadas com certas restrições, pois no fundo representariam ideias menores. Elas seriam as que saem do estereótipo feminino proposto, afinal, a mulher inteligente é lógica e lúcida, assimila ideias novas, tem memória assombrosa, é hábil nos negócios, e a “camarada” seria instável e não gostaria de obrigações. Para as duas, restava advertências por terem saído do “papel natural da mulher”.²⁴

A década de 1950, por sua vez, marcou o início de um desenvolvimento maior na industrialização da imprensa brasileira, que se refletiu com mais intensidade nas revistas, pela razão de estas estarem em fase de produção industrial, principalmente as femininas e as chamadas ilustradas.²⁵

Os jornais ainda custavam a se modernizar em relação à forma e conteúdo. A maioria do jornalismo norte-americano dava a fisionomia de todos eles. No tocante às seções femininas, os jornais sempre estavam atrasados em relações às revistas. Suas seções eram pobres, sem imaginação, com diagramação e ilustração pouco detalhadas. Eram colchas de retalhos, que juntavam receitas de tricô e crochê, uma crônica ou poesia, culinária, moda, conselhos de beleza, frases de amor, etc. Boa parte do material publicado fazia parte de tradução de textos enviados por agências estrangeiras. A mulher, como público, não era muito considerada, além de surgir a impressão de que o jornal editava a página feminina mais para não poder ser dito, depois, que não o fez.²⁶

O Estado de S. Paulo publicava às sextas-feiras uma página feminina, nesses moldes, desde 1940. Na década de 1950, transformar a seção feminina em suplemento fora uma necessidade criada pela urbanização crescente e também pela concorrência. Em 1953, sairia

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem, p. 97-104.

²⁶ Ibidem.

o primeiro número do “Suplemento Feminino” de O Estado de S. Paulo, que continuaria em edições semanais.²⁷

As revistas foram adquirindo, então, contornos mais industrializados, obedecendo a metas empresariais. A primeira revista de fotonovela, no Brasil, é de 1951: “Encanto”, da Artes Gráficas do Brasil, de São Paulo. Um ano depois, em 1952, aconteceu o lançamento de “Capricho”, da nascente Editora Abril, que até então editava basicamente quadrinhos de Walt Disney. Foi iniciada uma nova fase no mercado editorial feminino brasileiro. A tiragem crescente ilustrou a potencialidade do público que começava a ser conquistado com outros recursos além da qualidade ou não do produto. Paralelamente ao aparecimento de revistas ilustradas e femininas mais modernas, ia se formando uma galeria numerosa de ídolos nacionais, favorecidos pela difusão por meio do rádio e da tevê, que iniciava sua progressiva aparição. Apesar de ter continuado em 1950, a mitologia estrangeira começou a abrir alguns espaços para os ídolos nativos.²⁸

Em 1960, a mulher já havia sido introduzida na sociedade de consumo. As revistas femininas traziam cada vez mais anúncios, mais páginas a cores, mais “reportagens” de moda, matérias ensinando a comprar melhor eletrodomésticos, etc. O projeto editorial de cada veículo dirigido às mulheres tinha em vista o consumo, em primeiro lugar. O conteúdo, portanto, era instrumental, de forma que servia a objetivos empresariais bem delimitados. Na grande imprensa, houve a reforma do Jornal do Brasil, que começou a utilizar mais a pesquisa na elaboração de matérias, resultando em padrões jornalísticos mais modernos, com quantidade maior de informações. A revista “Claudia” representava o espírito da década em relação à mulher.²⁹

Apresentava como jornalista e escritora, Carmen da Silva, com artigos fundamentados em psicologia, veio a adquirir bastante reputação entre as leitoras, tornando-se a pensadora feminina com mais influência. A autora insistia que a mulher deveria protagonizar a própria vida, e que deveria deixar de ser “vivida pela vida”, pedindo a elas um comportamento mais ativo. Dezesesseis anos depois, em 1979, ao fazer uma análise de seu trabalho em “A arte de ser mulher”, Carmen da Silva disse que essa primeira fase fora a fase do despertador, pois a ideia dominante era: “Acorda, Bela Adormecida, levanta-te e anda”, para sacudir as mulheres “que ainda viviam mergulhadas numa espécie de sonho vegetal”. Segundo ela, seguiu-se da fase em que a mulher passou a interrogar-se, a fase de denúncia

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem, p. 104–114.

das injustiças e discriminações e, finalmente, a fase de descoberta de que a mulher “é uma criatura maravilhosa”.³⁰

Já na década de 1970, foi quando aconteceu o auge do consumo nas revistas brasileiras. Cada revista nova a ser lançada era precedida de pesquisas que determinavam certos assuntos, linguagem, capa, etc. As revistas já existentes também foram pesquisadas e redimensionadas de acordo com as expectativas do público. As revistas femininas de classe média, como “Claudia” e “Desfile” foram verdadeiros catálogos de mercadorias, entremeados de uma ou outra matéria realmente jornalística. A enorme quantidade de páginas coloridas refletia o espírito da época. Mas o produto mais veiculado nas revistas gerais, e nas femininas ou masculinas, fora o sexo.³¹

Tiveram tímidas tentativas artesanais de jornais e publicações que visavam à promoção da mulher como ser humano, buscando identificação com as classes populares. “Nós Mulheres” foi um tabloide que surgiu em 1976, continuando, com interrupções, até 1978, fruto de um grupo de mulheres, jornalistas ou não, que se reuniam e editavam matérias sobre problemas femininos, mesmo com os entraves financeiros, dependendo das doações e boa vontade das colaboradoras.³²

Nessa mesma época, nas periferias de São Paulo e de outras capitais, estavam surgindo boletins, jornaizinhos, dezenas de publicações, todas fora do processo industrial, usando xerox, mimeógrafo e outros meios baratos de impressão. Um exemplo dessa pequena imprensa fora “Mulher, Uma Luta Rumo à Libertação”, folheto editado pelo Centro de Direitos Humanos de São Miguel (SP), com muitas ilustrações e quadrinhos explicativos acerca da participação da mulher na vida da comunidade, trazendo informações sobre o que seria clube das mães, direitos trabalhistas, entre outros, em linguagem simples e didática. Como esse, existiam vários outros folhetos que representavam o nascer de uma imprensa popular, destinada talvez a curta vida.³³

Por conseguinte, na década de 1980 as fotonovelas chegaram ao fim, com ganho de força da segmentação e direcionamento da beleza para a estética do corpo. As adolescentes atingiram o status de importante nicho no mercado de revistas. Nesse ano começou-se a notar alguns resultados das lutas dos anos anteriores. No entanto, esta década foi tempo de luta e conquista da democracia, com clima de libertação das amarras autoritárias. Em 1981, Franco Montoro, governador do Estado de São Paulo, criou o primeiro Conselho Estadual

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem, p. 114-127.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

da Condição Feminina, além da primeira Delegacia da Mulher ter começado a funcionar em São Paulo, em 1985.³⁴

No âmbito da Universidade de São Paulo, foi criado em 1985 um Núcleo de Estudos da Mulher e Relações Sociais de Gênero, reunindo pesquisadores de diversas áreas que trabalhavam sobre a questão da mulher. Grupos de pesquisadores organizavam-se em institutos e ONGs em defesa da mulher. A Ecos – Comunicação em Sexualidade foi fundada em 1989, na mesma região, com a finalidade de promover e transformar valores e comportamentos relacionados com sexualidade, saúde e direitos reprodutivos e consolidou-se enquanto ONG atuante na defesa de adolescentes.³⁵

Por sua vez, o mercado de trabalho estava se abrindo mais para a mão de obra feminina, as mulheres avançavam cada vez mais nos bancos universitários e aumentava pouco a pouco a participação das mulheres na política. Em 1970, as mulheres eram 20,9% da população economicamente ativa, e em 1990, eram 35,5% (fonte: IBGE, AEB 1980 e 1992).³⁶

No contexto da década de 1990, a maioria das revistas brasileiras de grande circulação se voltava para o consumo e o culto às celebridades, principalmente televisivas. Todo o direcionamento da imprensa feminina para o mercado, desde os seus primórdios, alcançou o auge no século XX. As revistas femininas foram peças fundamentais na concretização da sociedade de consumo. E nesse sentido, o corpo assumira o posto de elemento essencial na construção da imagem das pessoas.³⁷

Por volta de 1996, a palavra globalização já estava entronizada na mídia e nos meios cultos. A expansão das corporações, as trocas comerciais, a revolução tecnológica nos aparatos eletrônicos e nas comunicações produziam a reorganização política e cultural do mundo. A internet comercial havia sido lançada em 1994. Também, a produção de imagens crescera exponencialmente: vídeo, televisão, circuitos internos, câmeras de segurança, outdoors e indoors impressos e eletrônicos, imagens nas telas dos computadores etc.³⁸

2.2 A Quarta Onda do Movimento Feminista: A entrada do Feminismo na Mídia Digital

O direito ao voto feminino no Brasil fora conquistado em 1932, quando Getúlio Vargas promulga-o em projeto de lei. A luta pelo sufrágio caracteriza a Primeira Onda do

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem, p. 128-141.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

Movimento Feminista. Observa-se que na França e nos Estados Unidos as mulheres articulavam-se na perspectiva dos movimentos sociais; enquanto no Brasil o meio de articulação para a promoção e conquista deste direito deu-se por meio de *lobby*, sem transparecer movimentos de massas.³⁹

No período entre 1960 e 1990, adveio a Segunda Onda do Movimento Feminista, em que era discutida a vida pública e criticado o espaço privado e trabalho doméstico da mulher.⁴⁰

Segundo Descaries (2000), a segunda onda teria perpassado por três correntes distintas do feminismo, as quais lançariam liberação feminina a partir de suas estratégias, quais sejam: a corrente do feminismo igualitário (que reivindicava a igualdade de direito e de fato para todas as mulheres); a corrente do feminismo radical (onde lutavam contra os determinismos biológicos e contra um sistema patriarcal e opressor) e a corrente do feminismo da feminitude (que exaltava como ação política a exploração dos valores femininos).⁴¹

A Terceira Onda do Movimento Feminista, por sua vez, tem seu início em torno de 1990, tendo como uma de suas principais vozes a filósofa Judith Butler, que discutia os paradigmas abordados pelas ondas antecessoras, que afirmava ser necessário um recorte de classe e raça, pois, a opressão atingiria as mulheres de modos diferentes e individuais. Esta onda se fundamentava na desconstrução de alguns fatores enraizados na sociedade.⁴²

A Quarta Onda do Movimento Feminista, portanto, adveio com a chegada do termo “ciberfeminismo”, na primeira década dos anos 2000, apropriando-se das redes eletrônicas, fazendo-se intangível, à medida que transita pelos polos presenciais e virtuais do mundo todo, disseminando e potencializando a visibilidade de suas demandas.⁴³

É certo que os processos de interação das redes via plataformas digitais também esbarram em oposições e divergências, até mesmo semelhantes aos processos de interação humana, permeados por diversas questões públicas e políticas.⁴⁴

3. A QUESTÃO MIDIÁTICA NO SÉCULO XXI

³⁹ FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. **Movimentos feministas**. In: HIRATA, Helena et al (orgs). Dicionário crítico do feminismo. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

⁴⁰ ROCHA, Fernanda de Brito Mota. **A quarta onda do movimento feminista: o fenômeno do ativismo digital**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

Nos capítulos anteriores, percorremos a história, analisando a evolução da Imprensa no Brasil e a participação feminina, bem como a participação no cenário político e social. Desta forma, nos julgamos aptos a analisar a liberdade de expressão e o discurso do ódio nas redes sociais, objeto deste capítulo.

O uso do termo *fake news*, de acordo com um artigo publicado pelo dicionário Merriam-Webster, declarou que o uso do termo *fake news* já havia sido utilizado no final do século XIX para se referir a notícias falsas. Um jornal em Concinatti empregou o termo ao publicar a declaração do secretário do governo que alegava que “*fake news*” sobre o seu povo estavam sendo telegrafadas por todo o país⁴⁵.

Para corroborar com o acima o filósofo Nietzsche, no estudo *Genealogia da Moral* apresenta as construções dos sentimentos morais dos indivíduos baseados nas condições sociais em que ele está inserido e, simultaneamente, como estes valores se transformam quando sofrem interferência externa⁴⁶. Segundo o filósofo, tanto o ódio como a vingança são os impulsionadores para a transformação dos sentimentos morais que ocorrem a partir do ressentimento dos homens mais fracos diante dos mais fortes.⁴⁷

Surgem, desta forma, grupos unidos de ódio, geralmente extremistas, fundados em uma supremacia seja racial, religiosa, deficiência, orientação sexual, nacionalidade, de gênero, dentre outros. Entende-se, assim, que nem todo o ódio é *fake news* em razão desta movimentação dos grupos sociais que reforça o ódio. O discurso do ódio exprime uma ideia de desprezo e/ou intolerância contra determinados grupos com o objetivo de desqualificá-los, baseada em suas crenças, afastando a mentira. São utilizadas palavras, muitas vezes, pejorativas para intimidar o grupo de pessoas, incitando a violência.⁴⁸

Há, por outro lado, as *fake news* que causam violência por serem potencializadas pelo discurso de ódio. Nestas, as fontes têm seus nomes usados com afirmações falsas, ou seja, que não são suas. Comumente, estas *fake news* são por razões políticas e são espalhadas pelo mundo com interesses políticos e econômicos. É evidente que as *fake news*, sejam de discurso de ódio ou não, apresentaram uma mudança no arcabouço social. Além disto, através do uso da Internet e a expansão das redes sociais, se percebeu uma potencialização destas. Destarte, torna-se imprescindível analisar a importância para a coletividade que a liberdade de expressão seja mantida nas redes, objeto de estudo da próxima seção deste trabalho.

⁴⁵ MERRIAM WEBSTER. *The Real Story of Fake News*. Disponível em: < <https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news> >. Acesso em: 05 mai. 2021.

⁴⁶ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Genealogia da Moral*. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2009, p. 78

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito Alemão e o Americano*. *Revista Direito Público*, v. 15, jan, fev, mar/2007, p. 117 a 136.

3.1. A liberdade de expressão nas redes sociais

A liberdade de expressão é imprescindível para a manutenção da democracia.⁴⁹ A teoria da busca da verdade de Mill que defende a liberdade de expressão reforça um cenário nas redes sociais onde se permitiria opiniões verdadeiras, pois os benefícios à sociedade seriam mais vantajosos do que o ônus. A teoria também sinaliza a necessidade de se determinar um objetivo à liberdade de expressão, assim seria possível estabelecer quais discursos estariam protegidos⁵⁰. Mill, outrossim, defende que a longo prazo a sociedade se tornaria melhor porque o discurso, mesmo que amoral, estaria tutelado⁵¹.

Nada obstante, a teoria da abordagem funcional busca a proteção à liberdade de expressão desde que se objetive à formação de opiniões políticas ao Estado. Apesar da contribuição acadêmica da teoria, entendemos que a mesma não é aplicável aos dias atuais, principalmente no campo virtual, haja vista que as redes sociais ainda que permitam a discussão política não exercem nenhum tipo de influência jurídico-legal à política estatal. Ademais, é temerário a manutenção da liberdade de expressão para o governo porque, de certa forma, balizaria a liberdade de expressão contrária a política governante. Outro ponto que merece atenção são as demasiadas *fake news* que surgiram nas últimas campanhas políticas. Ainda que a teoria, quando escrita, tinha como intenção a formação de cidadãos livres, atualmente, somente reforçaria apenas um pensamento, banindo o pluralismo.

E, em relação à teoria do fomento à tolerância e pluralismo a qual busca a promoção de uma sociedade mais tolerante às ideias e pensamentos divergentes, refutamos. As evidências nas redes sociais mostraram que a sociedade não está pronta para a liberdade indiscriminada haja vista a necessidade da criação do Marco Civil da Internet.

A crítica que, também, fazemos a esta teoria pluralismo é falta de delimitação do que deve ser tolerado. Como a sociedade reagiria no enfrentamento às *fake news* nas redes sociais se permitisse a tolerância ilimitada de opiniões?

A teoria da autodeterminação, por sua vez, que representa as justificativas do tipo intrínseco ou deontológico, busca a não limitação da liberdade de expressão, por considerar que todos os indivíduos são iguais, não sendo possível determinar qual pensamento é mais importante que o outro. Concordamos que os homens são iguais, mas acreditamos que recairíamos na mesma problemática da teoria anterior. Se a liberdade de expressão é munida de discurso do ódio e afeta outro, como permiti-lo?

⁴⁹ COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38

⁵⁰ Ibidem, p. 204.

⁵¹ MILL, John Stuart. **On Liberty**. Batoche Books, Kitchner, 2001, p. 50.

Finda esta análise é importante estudar quais seriam os efeitos à sociedade, caso as redes sociais impusessem limites à liberdade de expressão.

A liberdade de expressão, como direito fundamental garantido pela Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, inciso IV, veda a censura. De qualquer forma, todo o obstáculo à manifestação de ideias e pensamentos configura um tipo de censura, entretanto, é preciso verificar o quanto se pode relativizar o direito à liberdade de expressão na tentativa de coibir o discurso do ódio.

A manifestação do pensamento livre, promovendo um debate de ideias refere-se ao valor instrumental da liberdade de expressão. Outrossim, a liberdade de expressão é elemento constitutivo para a democracia, permitindo que o indivíduo exerça sua participação política na sociedade⁵².

Entendemos que a própria Constituição Federal, apesar de não mencionar nada específico às redes sociais (até mesmo por uma questão temporal) não prevê a liberdade de expressão como um direito absoluto porque impõe a responsabilidade por dano material, moral ou à imagem nos casos de inviolabilidade da honra, da imagem e da intimidade. O artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal prevê o direito de indenização pelos danos moral, material e de imagem àquele que sofreu prejuízos. Esta reparação jurídica pode se dar através de ressarcimento monetário ou ainda pelo direito de resposta⁵³.

Neste diapasão, o Marco Civil da Internet procurou meios legais para a punição aos excessos cometidos na esfera da rede de computadores. Isso posto, é apropriado verificar meios adequados para assegurar proteção as vítimas das *fake news* voltadas ao discurso do ódio nas redes sociais, pois há algumas situações que evidenciam um conflito entre a liberdade de expressão e os excessos cometidos pela manifestação do pensamento. Diante desta conjuntura é preciso determinar medidas jurídicas para restringir as manifestações do pensamento, sejam *fake news* ou não, que configurem discurso de ódio.

O discurso do ódio, de maneira geral, atinge não somente o indivíduo, mas um grupo social quando é dirigido à discriminação por raça, gênero, religião etc. O discurso de ódio, nas redes sociais, traduz a divulgação de mensagens de cunho racistas, homofóbicos etc. Que objetivam à exclusão ou, ainda a eliminação física dos atingidos⁵⁴. Aliado a isto, usualmente,

⁵²RAIS, Diogo (coordenador). **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018, p. 155.

⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2021.

⁵⁴SILVA, Rosane Leal e at all. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira**. Revista Direito GV. São Paulo. julho-dez 2011, p. 446

as mensagens de ódio se utilizam de argumentos emocionais com o intuito de aumentar a probabilidade de aceitação.⁵⁵

O discurso de ódio, seja *fake news* ou não, por definição, é a manifestação do pensamento com a finalidade de provocar violência. E este deve ser protegido pelo Estado. Todavia, a manifestação do pensamento, ainda que amoral, mas que não configure violência deve ser mantida para não cercear a liberdade de expressão⁵⁶. Com isto, a intervenção estatal deve agir somente, quando observadas manifestações nas redes sociais que estimulem o ódio, a violência e a segregação social dos indivíduos alvos de ataques⁵⁷. A manifestação antipática não configura discurso do ódio e sua censura colocaria em risco a liberdade de expressão garantida no ordenamento jurídico⁵⁸. Para estes casos, é pertinente analisar se o princípio da dignidade da pessoa humana não deveria prevalecer ao direito da liberdade de expressão⁵⁹. O discurso do ódio incita a violência e, em alguns casos, busca o extermínio, através da violência daquele que pensa ou age de maneira diferente, ferindo o Estado democrático de direito.

Ressaltamos, outrossim a dificuldade em distinguir a manifestação livre do pensamento das formas sutis de discurso de ódio que emergem como uma falsa cognição de liberdade de expressão. Afinal, nem sempre o discurso de ódio é realizado de forma explícita⁶⁰. Entende-se, destarte, que a linha de atuação do Estado deve ser tênue para que se evite uma violação de direitos individuais.⁶¹

O Estado teria permissão para interferir na liberdade por meio de ações com a única finalidade de proteção à sociedade diante de iminente perigo. O controle estatal deve ser claro e aplicado, caso a caso, para que se evite a instauração de insegurança jurídica no Estado.⁶² Ademais, o discurso de ódio precisa ser externalizado, caso contrário, configura somente o pensamento e, este não causa danos.

Stroppa e Rothenburg, no intuito de precisar a atuação estatal, propuseram seis critérios para a análise do discurso do ódio. O primeiro deles é a severidade que diz respeito

⁵⁵ Ibidem, p. 148.

⁵⁶ CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 69.

⁵⁷ SCHAFFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton. **Discurso de ódio. Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515193/001049120.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 mai. 2021.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ ARAUJO, Natalia Ramos Nabuco. **Liberdade e Expressão e o Discurso do Ódio**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 5

⁶⁰ POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no estado democrático de direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2015.

⁶¹ Idem.

⁶² COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 204.

a profundidade de ódio contida na mensagem. O segundo critério é a intenção, o agente deve agir como dolo, ou seja, precisa ter a intenção de incitar o ódio. O terceiro critério trata do conteúdo ou forma do discurso que levam em conta a natureza, forma e estilo dos argumentos utilizados na mensagem.⁶³

A extensão do discurso, de acordo com os autores, também deve ser analisada, pois é imprescindível que a mensagem seja dirigida a um público em geral, isto é, um grupo de indivíduos em um espaço público. Para que seja considerado discurso de ódio, outrossim, a mensagem deve conter, no mínimo a probabilidade de dano. Não requer o dano de fato, mas que a mensagem contenha um risco de perigo iminente. Esta iminência configura o “o tempo entre o discurso e a ação (...) que não pode ser demasiado longo de forma que não seja razoável imputar ao emissor do discurso a responsabilidade pelo eventual resultado”. Por fim, a de se analisar o contexto da mensagem para que se possa analisar se a mensagem tem potencial de incitar o ódio⁶⁴.

No que concerne a extensão do discurso, ressaltamos que atinge dois instrumentos: o insulto e a instigação. Aquele refere-se a vítima direta do discurso do ódio, ou seja, fere a dignidade de um determinado grupo de pessoas em razão de raça, gênero, religião, etc. Enquanto a instigação trata dos leitores da mensagem da manifestação do ódio, que apesar de não identificados como vítimas se sentem afetados com a mensagem. É o que recebeu a definição de vitimização difusa, pois o acesso à mensagem odiosa, também se sentem violadas. Neste sentido, vislumbramos que não é possível numerar quem são às vítimas do discurso de ódio nas redes sociais.⁶⁵

As redes sociais como Facebook e WhatsApp têm uma amplitude muito grande, pois são muitos os usuários. Com isto, quaisquer registros nestas mídias levam aos questionamentos de quem vai ler, se o receptor será atingido, como o receptor se comportará diante de uma *fake news* voltada ao discurso de ódio e quem será o público alvo atingido.

Existem muitas maneiras de verificar se uma determinada informação que está circulando pelas redes sociais é verdadeira ou falsa. Assim se o indivíduo foi negligente deve sofrer a punição. Contudo, há pessoas que estão expressando suas crenças e opiniões por motivos de raça, gênero, religião que englobam o ódio, mas não são *fake news*, logo não tendem a checar a credibilidade da informação. Estudos recentes, comprovam que os

⁶³ STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM), v. 10, n. 2, 2015.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ SILVA, Rosane Leal e at all. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira**. Revista Direito GV. São Paulo. julho-dez 2011, p. 446

indivíduos têm preferência as informações que corroborem com os seus ideais. Mesmo assim, por violar a dignidade da pessoa humana, a punição deve ser aplicada⁶⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, foi possível analisar que o processo de evolução de conquista da expressão feminina foi lento, assim como a conquista de todos os demais direitos das mulheres, ficando em segundo plano. Primeiramente, sempre os homens. Foi possível verificar também, que se não fosse alguma mulher, em determinado dia, se levantando em prol da garantia de um direito feminino e por essa razão sofrendo as devidas consequências da época, ainda no século XXI não haveria avanços.

Permanece a seguinte dúvida: por que a mulher se dizia feliz, mas não o era? Foi descoberto e custa ainda para alguns aceitarem que a mulher não é uma soma de qualidades que lhe colocaram como se fossem rótulos. A mulher é uma natureza bipolar como qualquer outro ser humano: morte e vida, adulto e criança, com todos os instintos presentes. Assim, a mulher que é apenas mãe e dona de casa vive em função de algo externo, sua vida se justifica em outras pessoas. Contudo, a verdadeira educação seria preparar alguém para realizar-se em plenitude.

Foi levantado questionamento sobre a inserção do feminino no ciberespaço, uma vez que também fazia parte dos privilégios masculinos. Percebeu-se, então, que o empoderamento feminino poderia ser conquistado via internet. Além do que, aliando um maior número de proporção e fomentando a desconstrução de ideários envoltos das mulheres, as interações versus rede se estabelecem como objeto de pesquisa das ciências e academias. A internet surge, então, como medida propulsora de fé e esperança na transformação de toda a sociedade, nas demais situações de indignação e injustiça.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Natalia Ramos Nabuco. **Liberdade e Expressão e o Discurso do Ódio**. Curitiba: Juruá, 2018.

BUITONI, Ducília Schroeder. **Mulher de papel, a representação da mulher pela imprensa feminina brasileira**. 2ª ed. São Paulo: Summus, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 mai. 2021.

BRUGGER, Winfried. *Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o Direito*

⁶⁶ Ibidem, p. 3

Alemão e o Americano. **Revista Direito Público**, v. 15, jan, fev, mar/2007.

CARCARÁ, Thiago Anastácio. **Discurso do ódio no Brasil: elementos de ódio na sociedade e sua compreensão jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DESCARRIES, Francine. **Teorias Feministas: Liberação e Solidariedade no Plural**. Brasília: Revista do Programa de Pós-graduação em História da UnB, 2005.

FOUGEYROLLAS-SCHWEBEL, Dominique. **Movimentos feministas**. In: HIRATA, Helena et al (orgs). *Dicionário crítico do feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

MERRIAM WEBSTER. *The Real Story of Fake News*. Disponível em: <<https://www.merriam-webster.com/words-at-play/the-real-story-of-fake-news>>. Acesso em: 05 mai. 2021.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Batoche Books, Kitchner, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A Genealogia da Moral**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Cia das Letras, 2009.

POTIGUAR, Alex Lobato. **Discurso do ódio no estado democrático de direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2015.

RAIS, Diogo (coordenador). **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2018.

ROCHA, Fernanda de Brito Mota. **A quarta onda do movimento feminista: o fenômeno do ativismo digital**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017.

SCHAFFER, Gilberto; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SANTOS, Rodrigo Hamilton. **Discurso de ódio. Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515193/001049120.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 04 mai. 2021.

SILVA, Rosane Leal e at all. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira**. Revista Direito GV. São Paulo. julho-dez 2011.

SODRÉ, Nelson Werneck. **História da imprensa no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais**. Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM), v. 10, n. 2, 2015.

WOITOWICZ, Karina Janz. **Marcos históricos da inserção das mulheres na imprensa: A conquista da escrita feminina**. Porto Alegre: Jornal Alcar UFRGS, 201.

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO BRASIL: UMA BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E IMPLICAÇÕES JURÍDICAS

Mediation and Conciliation in Brazil: A Brief Analysis of The Historical Evolution and Legal Implications

Mayra Figueiredo Frison¹

UNIFEOB - Centro Universitário Fundação de Ensino Octávio Bastos

RESUMO: Este artigo oferece uma análise breve da evolução histórica da mediação e conciliação no contexto brasileiro, explorando as origens, marcos legislativos, desafios e impactos dessas práticas na resolução de conflitos. Desde suas raízes nas tradições comunitárias até a sua consolidação no panorama jurídico contemporâneo, examinamos os avanços, retrocessos e perspectivas futuras desses métodos alternativos.

PALAVRAS CHAVE: Mediação, conciliação, métodos alternativos de solução de conflitos.

ABSTRACT: This article offers a brief analysis of the historical evolution of mediation and conciliation in the Brazilian context, exploring their origins, legislative milestones, challenges, and impacts on conflict resolution. From their roots in community traditions to their consolidation in the contemporary legal landscape, we examine the advancements, setbacks, and future prospects of these alternative methods.

KEY WORDS: Mediation, conciliation, alternative methods of conflict resolution.

INTRODUÇÃO

O conflito de interesses ou a disputa é característica de qualquer vida em sociedade. Em razão disso, vários filósofos como Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau discorreram sobre as mais variadas teorias acerca do surgimento, da necessidade e da capacidade do Estado de proporcionar aos cidadãos uma existência em comum, reduzindo a litigiosidade e incentivando a cooperação, a tolerância e a pacificação social (REALE; ANTISERI, 2017).

A eficácia do processo é uma realidade que se impõe diante das alterações do direito processual civil hodiernamente, os métodos alternativos para resolução de conflito de interesses, são meio na atualidade capazes de garantir a efetividade processual.

Os Governos modernos propagaram no senso comum o entendimento de que somente o processo judicial estatal é o adequado para a solução dos litígios. Tal fato se dá, principalmente, na confiança da sociedade no formalismo jurídico, garantidor de segurança, e nos princípios processuais consolidados. No entanto, com o decorrer histórico e a proposição de críticas e questionamentos realizados pela população e direcionados à hegemonia processual estatal, identifica-se o surgimento de alternativas a esse predomínio (SILVA, 2020).

¹ Professora de Hermenêutica Jurídica da Unifeob, mestre em direito Constitucional pela Faculdade de Direito do sul de Minas, mediadora e conciliadora pela CALA (Câmara Latino Americana).

Uma dessas alternativas é chamada de Justiça ou Sistema Multiportas, que possui a característica de ser uma possibilidade para a solução dos conflitos, de forma a ser mais adequada para solucionar certas lides. (TONIN, 2019).

A mediação e a conciliação, enquanto instrumentos de resolução de conflitos, têm raízes profundas na história brasileira, remontando às práticas tradicionais de comunidades indígenas, quilombolas e outras formas de organização social. Este estudo busca mapear de forma breve a trajetória desses métodos, desde suas origens até a sua incorporação no ordenamento jurídico brasileiro, analisando sua evolução histórica e implicações para o sistema judicial contemporâneo.

A busca por métodos alternativos de resolução de conflitos tem sido uma constante na história da humanidade, refletindo a necessidade intrínseca de promover a harmonia social e mitigar os embates que naturalmente surgem nas interações entre indivíduos e grupos. No contexto brasileiro, a mediação e a conciliação emergem como elementos vitais nesse panorama, não apenas como instrumentos jurídicos, mas como expressão de uma cultura arraigada na sociedade, datando de tempos ancestrais e evoluindo para se entrelaçar com a legislação e as instituições contemporâneas.

As origens da mediação e conciliação no Brasil remontam a um passado imemorial, atravessando as nuances culturais e sociais de um país de dimensões continentais e uma rica diversidade étnica.

Desde as práticas comunitárias de resolução de disputas entre povos indígenas até os métodos de consenso adotados por comunidades quilombolas, observamos uma ancestralidade dessas práticas em solo brasileiro. Esses sistemas, embasados na comunicação, na busca pelo entendimento mútuo e na restauração dos laços sociais, ecoam até os dias atuais como raízes profundas de um sistema de resolução de conflitos que transcende os meios judiciais.

A formalização e reconhecimento desses métodos no âmbito jurídico brasileiro são marcados por fases distintas de evolução.

A Constituição de 1988 representa um divisor de águas nesse percurso, ao preconizar a adoção de meios alternativos de resolução de litígios como forma de descongestionar o sobrecarregado sistema judicial. No entanto, foi com a promulgação da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) e do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) que esses métodos obtiveram uma regulamentação mais específica e abrangente. A consolidação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), sob a égide do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), representou um marco institucional na disseminação e

consolidação da cultura conciliatória. Esses centros, ao propiciar um ambiente propício à resolução consensual de disputas, tornaram-se protagonistas na promoção da mediação e conciliação em diferentes instâncias judiciais, contribuindo para a efetivação desses métodos como alternativas viáveis ao litígio judicial.

Apesar dos avanços legislativos e institucionais, há uma miríade de desafios a serem enfrentados para a plena integração da mediação e conciliação no tecido social e jurídico brasileiro. A resistência cultural enraizada na concepção tradicional de justiça, a falta de uma cultura consolidada de resolução consensual de conflitos, a necessidade de aprimoramento constante dos profissionais envolvidos e a ampliação do acesso a esses métodos em áreas remotas e desfavorecidas são apenas algumas das barreiras a serem transpostas.

Diante desse contexto, este artigo propõe-se a realizar uma análise breve da evolução histórica da mediação e conciliação no Brasil, delineando os avanços e desafios enfrentados ao longo do tempo. O texto se estrutura em seções que exploram desde as raízes ancestrais desses métodos até as legislações contemporâneas, os marcos institucionais e os desafios atuais, visando a oferecer uma compreensão abrangente sobre o tema.

1. RAÍZES HISTÓRICAS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO BRASIL

É desafiador traçar um panorama histórico e global da mediação/conciliação. Ao longo da convivência humana e social, conflitos e disputas têm sido recorrentes, e de maneira similar, os métodos para solucioná-los também têm existido em distintas épocas, regiões e culturas.

Os meios alternativos de pacificação social remontam desde os primórdios do direito, estando presente na Grécia antiga, Roma, bem como, com a evolução do próprio direito em si, e com o fortalecimento do Estado, agregado a consciência da sua função pacificadora, a qual vem acompanhando ao longo dos séculos. Segundo Rozane Rosa Cachapuz, estudiosa sobre o tema, “a mediação é um instituto bastante antigo: sua existência remonta aos idos de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados. Os romanos formaram uma cultura jurídica que influi, ainda hoje, em nossa legislação. Na antiga Roma, o arcaico *Diritto Fecciali*, isto é, direito proveniente da fé, em seu aspecto religioso, era a manifestação de uma justiça incipiente, onde a mediação aparece na resolução dos conflitos existentes (CACHAPUZ, Rozane, 2003).

As práticas de resolução de disputas por meio da mediação e conciliação têm uma longa tradição na história brasileira, refletindo a busca por consenso e harmonia nas relações

comunitárias. Analisamos como essas práticas foram preservadas e adaptadas ao longo do tempo, influenciando as leis e costumes brasileiros até os dias atuais.

As origens da mediação e conciliação no Brasil remontam aos períodos pré-coloniais, quando as comunidades indígenas utilizavam formas consensuais para resolver disputas internas. Com a colonização, as tradições jurídicas europeias, em especial as portuguesas, introduziram o sistema judiciário formal, mas ainda assim, práticas consensuais persistiram na resolução de conflitos cotidianos, incorporando elementos das culturas indígenas e africanas.

Durante o Império, o Código de Processo Criminal de 1832 (Lei de 29 de novembro de 1832) já previa a conciliação como método de resolução de conflitos criminais, ressaltando a importância da pacificação social. Contudo, foi a Constituição de 1891 que consagrou a conciliação como princípio constitucional, valorizando a resolução pacífica de controvérsias. Ao longo do século XX, houve avanços legislativos significativos, como a criação dos Juizados de Paz e a Lei de Arbitragem, que contribuíram para fortalecer a cultura da mediação e conciliação no país. No entanto, foi com o advento do Código de Processo Civil de 2015 que a mediação e a conciliação ganharam destaque, sendo incorporadas como mecanismos obrigatórios de resolução de litígios em diversas esferas.

O reconhecimento da importância da mediação e da conciliação como instrumentos eficazes para a resolução de conflitos tem gerado impactos significativos na sociedade brasileira. A desjudicialização, a celeridade processual e a redução do volume de litígios são algumas das consequências positivas dessas práticas.

2. MARCOS LEGISLATIVOS E INSTITUCIONAIS

A conciliação e mediação emergem como fundamentos estratégicos no contexto jurídico brasileiro, promovendo a resolução de litígios de forma extrajudicial e consensual.

A Constituição Federal de 1988 foi o start essencial, reconhecendo a conciliação e mediação como instrumentos para solução de conflitos, promovendo a pacificação social e o acesso à justiça, ela que reconheceu a importância desses métodos como meios de descongestionamento do sistema judicial, posteriormente, a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96) estabeleceu bases sólidas para métodos alternativos de resolução de conflitos, incluindo a mediação.

Contudo, foi o Código de Processo Civil de 2015 que catalisou a consolidação da mediação e conciliação. Os artigos 165 a 175 instituíram a obrigatoriedade de tentativa de

conciliação e mediação prévia em diversos tipos de ações judiciais, estimulando a busca por acordos extrajudiciais.

A saber:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Diversas instituições são pilares fundamentais na promoção e regulamentação da conciliação e mediação no Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) exerce papel central na formulação de políticas públicas para a conciliação e mediação, estabelecendo diretrizes e promovendo ações voltadas para a disseminação dessas práticas em todo o país.

Os Tribunais de Justiça estaduais e federais, por sua vez, implementam programas específicos de conciliação e mediação, fortalecendo a cultura da resolução consensual de conflitos. Além disso, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) têm sido essenciais na oferta de serviços de mediação e conciliação à população.

Assim, pelas definições expressas na resolução 125/2010, foi determinada a criação e instalação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPMEC) – art. 07, e dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCS) - art. 08, in verbis:

Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) I - Desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução; II - planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas; III - atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º; IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos; V - incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos; VI - propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução; VII - criar e manter cadastro de mediadores e conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento; (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16) VIII - regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 13 da Lei de Mediação. (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16) § 1º A criação dos Núcleos e sua composição deverão ser informadas ao Conselho Nacional de Justiça. § 2º Os Núcleos poderão estimular programas de mediação comunitária, desde que esses centros comunitários não se confundam com os Centros de conciliação e mediação judicial, previstos no Privadas de Conciliação e Mediação credenciadas perante o Poder Judiciário, os tribunais deverão criar e manter cadastro ou aderir ao Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento desses facilitadores. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 4º Os tribunais poderão, nos

termos do art. 167, § 6º, do Novo Código de Processo Civil, excepcionalmente e desde que inexistente quadro suficiente de conciliadores e mediadores judiciais atuando como auxiliares da justiça, optar por formar quadro de conciliadores e mediadores admitidos mediante concurso público de provas e títulos. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 5º Nos termos do art. 169, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, a Mediação e a Conciliação poderão ser realizadas como trabalho voluntário. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 6º Aos mediadores e conciliadores, inclusive membros das Câmaras Privadas de Conciliação, aplicam-se as regras de impedimento e suspeição, nos termos do disposto no art. 134, IV, do Código de Processo Civil de 1973; no art. 148, II, do Código de Processo Civil de 2015 e na Resolução CNJ 200/2015. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 7º Nos termos do art. 172 do Código de Processo Civil de 2015, o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16) Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 1º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9º). (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 2º Nos tribunais de Justiça, os Centros deverão ser instalados nos locais onde existam 2 (dois) Juízos, Juizados ou Varas com competência para realizar audiência, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 3º Os tribunais poderão, enquanto não instalados os Centros nas Comarcas, Regiões, Subseções Judiciárias e nos Juízos do interior dos estados, implantar o procedimento de Conciliação e Mediação itinerante, utilizando-se de Conciliadores e Mediadores cadastrados. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 4º Nos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, é facultativa a implantação de Centros onde exista um Juízo, Juizado, Vara ou Subseção desde que atendidos por centro regional ou itinerante, nos termos do parágrafo anterior. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 5º Nas Comarcas das Capitais dos Estados bem como nas Comarcas do interior, Subseções e Regiões Judiciárias, o prazo para a instalação dos Centros será concomitante à entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 6º Os tribunais poderão, excepcionalmente, estender os serviços do Centro a unidades ou órgãos situados em outros prédios, desde que próximos daqueles referidos no § 2º, podendo, ainda, instalar Centros Regionais, enquanto não instalados Centros nos termos referidos no § 2º, observada a organização judiciária local. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 7º O coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania poderá solicitar feitos de outras unidades judiciais com o intuito de organizar pautas concentradas ou mutirões, podendo, para tanto, fixar prazo. § 8º Para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em processos encaminhados de ofício ou por solicitação ao Centro Judiciário de Conflitos e Cidadania reverterão ao juízo de origem, e as sentenças decorrentes da atuação pré-processual ao coordenador do Centro. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 9º Para efeito de estatística referida no art. 167, § 4º, do Novo Código de Processo Civil, os tribunais disponibilizarão às partes a opção de avaliar Câmaras, conciliadores e mediadores, segundo parâmetros estabelecidos pelo Comitê Gestor da Conciliação. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16) § 10. O Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores conterá informações referentes à avaliação prevista no parágrafo anterior para facilitar a escolha de mediadores, nos termos do art. 168, caput, do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 25 da Lei de Mediação. (Incluído pela Emenda nº 2, de 08.03.16).

Assim, é evidente que ao implementar essa resolução, tornou-se mais simples alcançar a justiça, já que os Centros e Núcleos possibilitam resolver os conflitos de maneira mais econômica para os envolvidos, além de ser um processo mais rápido e equitativo, minimizando o impacto nas relações entre as pessoas.

3. DESAFIOS ATUAIS E PERSPECTIVAS FUTURAS

A conciliação e mediação como métodos alternativos de resolução de conflitos, têm desempenhado um papel significativo no cenário jurídico brasileiro, promovendo a desjudicialização e a busca por soluções consensuais.

No entanto, há muito ainda a se percorrer. A difusão da cultura da conciliação e mediação, a formação correta de mediadores e conciliadores, além da efetiva implementação desses métodos em diferentes áreas do direito, são questões que demandam atenção contínua. As raízes históricas da mediação e conciliação no Brasil remontam a um passado marcado pela diversidade cultural e pelo reconhecimento da importância da resolução consensual de conflitos. A evolução legislativa e social demonstra uma valorização crescente desses métodos, porém, o caminho para sua plena consolidação e efetividade ainda requer esforços e investimentos.

Contudo, as perspectivas são promissoras. A crescente aceitação e aplicação dos métodos de conciliação e mediação, aliados a um ambiente legislativo favorável, indicam um caminho de consolidação e aprimoramento contínuo dessas práticas no sistema jurídico brasileiro.

O arcabouço legislativo e institucional da conciliação e mediação no Brasil representa um progresso significativo na busca por uma justiça mais acessível, célere e eficiente. A evolução desses marcos legais e estruturas institucionais reflete o compromisso em promover a cultura da pacificação social e da resolução consensual de conflitos, aspectos cruciais para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Em síntese, a mediação e conciliação no Brasil passaram por uma jornada complexa, desde suas raízes ancestrais até seu reconhecimento e regulamentação no sistema jurídico contemporâneo. A eficácia desses métodos na resolução de conflitos e a sua contribuição para uma justiça mais acessível e ágil são inegáveis. Contudo, para sua plena consolidação, é necessário enfrentar os desafios existentes e promover uma cultura de paz que valorize e integre a mediação e a conciliação como a resolução de 2015 apregoa.

Destacamos aqui alguns desses desafios:

1. Formação e Capacitação de Mediadores e Conciliadores

1.1 A necessidade de programas de formação robustos para profissionais nessas áreas é crucial para garantir a qualidade e eficácia dos serviços oferecidos.

2. Conscientização da Sociedade

2.1 A disseminação do conhecimento sobre os benefícios da conciliação e mediação é um desafio, pois requer uma mudança cultural e educacional em relação à resolução de conflitos.

3. Acesso em Regiões Remotas

3.1 A ampliação do acesso a serviços de conciliação e mediação para regiões mais afastadas é essencial para garantir a universalidade desses métodos.

As perspectivas futuras da mediação e conciliação apresentam um horizonte promissor, marcado por avanços tecnológicos, mudanças culturais e aprimoramentos nos processos. Algumas das direções que essas práticas podem tomar no contexto jurídico e social destacam aqui:

1. Integração Tecnológica

1.1 A integração de tecnologias no campo da resolução de conflitos é uma perspectiva inovadora. Plataformas online, aplicativos e softwares especializados estão se tornando ferramentas cada vez mais relevantes. A expansão do uso dessas tecnologias pode facilitar o acesso à mediação e conciliação, permitindo que mais pessoas resolvam seus conflitos de maneira eficiente e conveniente, inclusive em áreas remotas.

2. Abordagens Interdisciplinares

2.1 Outra perspectiva é a exploração de abordagens interdisciplinares. A incorporação de conhecimentos de áreas como psicologia, sociologia e comunicação pode enriquecer as práticas de mediação e conciliação. Compreender melhor os aspectos emocionais e sociais dos conflitos podem aprimorar as técnicas utilizadas e facilitar a obtenção de acordos mais satisfatórios para todas as partes envolvidas.

3. Promoção da Educação e Conscientização

3.1 A educação continua a ser um pilar fundamental para o futuro da mediação e conciliação. Investir em programas educacionais desde a educação básica até o nível superior pode contribuir para a formação de uma cultura mais propícia à resolução pacífica de conflitos. Além disso, campanhas de conscientização junto à população podem desmistificar essas práticas e destacar seus benefícios, incentivando o uso precoce e espontâneo desses métodos.

4. Desenvolvimento de Modelos Específicos

4.1 O desenvolvimento de modelos específicos de mediação e conciliação para diferentes contextos também representa uma perspectiva relevante. Adaptar esses métodos a áreas como direito de família, questões empresariais, ambientais e comunitárias podem aumentar sua eficácia e aplicabilidade, atendendo às necessidades específicas de cada tipo de conflito.

5. Inovação Legal e Política

5.1 A inovação nas políticas e legislações que promovem a mediação e conciliação é essencial. Reformas legislativas contínuas e a criação de políticas públicas direcionadas podem fortalecer a estrutura institucional dessas práticas, garantindo seu reconhecimento e implementação efetiva em todos os níveis do sistema jurídico.

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro consolidou-se no decorrer histórico como o único capaz e legítimo de exercer a jurisdição e aplicar o Direito buscando a justiça. No entanto, vários problemas foram surgindo frente a essa centralização, como o sobrecarregamento de processos em andamento na Justiça e a consequente morosidade processual; o alto grau de litigiosidade e o foco no tratamento apenas do conflito, assim como o aumento da insatisfação popular em questões referentes à dificuldade de utilização do Poder Judiciário e do acesso à Justiça.

A trajetória da mediação e conciliação no Brasil revela não apenas uma evolução histórica marcada por influências culturais e legislativas, mas também implicações jurídicas profundas que moldaram a forma como a sociedade lida com conflitos. Ao longo do tempo, esses métodos passaram por uma jornada de reconhecimento, desde suas raízes nas práticas consensuais de comunidades pré-coloniais até a consolidação como instrumentos essenciais no sistema jurídico contemporâneo.

A análise da evolução histórica dessas práticas revela uma trajetória permeada pela valorização da conciliação e mediação como pilares de uma sociedade que busca a pacificação social e a eficiência na resolução de disputas. Desde as primeiras influências indígenas até a consagração legal presente no Código de Processo Civil de 2015, o reconhecimento da importância desses métodos demonstra um caminho de transformação gradual, mas significativa, no entendimento da justiça e na cultura de resolução de conflitos no país.

As implicações jurídicas desse percurso são vastas. A legislação atual, permeada por dispositivos legais que tornam obrigatória a tentativa de conciliação e mediação, reflete não

apenas um reconhecimento formal, mas uma efetiva busca por desjudicialização, celeridade processual e, sobretudo, por uma justiça mais acessível e democrática.

Contudo, diante desses avanços, ainda nos deparamos com desafios. A formação de profissionais qualificados, a conscientização da sociedade sobre os benefícios desses métodos e a disseminação dessas práticas para áreas mais remotas são aspectos que demandam contínua atenção e investimento.

No entanto, olhando para o futuro, há perspectivas promissoras. A integração de tecnologias, o desenvolvimento de modelos específicos para diversos contextos, a abordagem interdisciplinar e a mudança cultural gradual indicam um caminho de aprimoramento contínuo desses métodos.

Em suma, a evolução histórica e as implicações jurídicas da mediação e conciliação no Brasil revelam uma jornada de reconhecimento e consolidação progressiva dessas práticas. Seu futuro, embasado em mudanças legislativas, investimentos em formação e conscientização, bem como inovações tecnológicas, promete contribuir significativamente para uma sociedade mais justa, pacífica e acessível. Onde a cultura da paz reine e permaneça.

REFERÊNCIAS

Araújo, Luís Cláudio. *Mediação e Arbitragem: Uma Abordagem Conceitual e Prática*. São Paulo: Atlas, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017*. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018*. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/rel-justica-em-numeros2020.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jan. 2022.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015a. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015b. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A evolução da conciliação e da mediação no Brasil. Revista FONEMAC, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. 368 - 383. 2017.

CACHAPUZ, Rozane. Mediação nos Conflitos & Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2003. In: RODRIGUES JÚNIOR, Walsil Edson. A Prática da mediação e o acesso à justiça. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Coelho, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2017. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resoluções e Diretrizes sobre Conciliação e Mediação. Grinover, Ada Pellegrini et al. Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Lei de 29 de novembro de 1832 - Código de Processo Penal do Brasil. Pereira, Jane Reis Gonçalves. "O Papel dos Juizados Especiais Cíveis na Efetivação do Acesso à Justiça." Revista de Processo, São Paulo, v. 29, n. 117, p. 155-174, jan./mar. 2004.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. Filosofia: Idade Moderna. vol 2. São Paulo: Paulus, 2017.

Silva, A.B. Mediação e Conciliação no Brasil: Desafios e Perspectivas. São Paulo: Editora Jurídica, 2019.

Silva, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Resolução de disputas: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In.: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco A. G. Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Negociação, mediação, conciliação e arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TONIN, Mauricio Morais. Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público. São Paulo: Almedina, 2019.

SUCESIÓN Y DERECHO DESDE LA ANTIGUA ROMA HASTA LA ACTUALIDAD: COLLATIONES

Succession and Law From Ancient Rome To The Present: Collationes

María Elisabet Barreiro Morales¹

Universidade de Vigo

Email:maria.elisabet.barreiro.morales@uvigo.es

SUMARIO: El objetivo principal de este trabajo es el de realizar un breve estudio acerca de la institución de la colación, su fundamento, naturaleza y su evolución a lo largo de la historia y la de nuestro sistema jurídico. Para ello, analizaremos los orígenes y la evolución de la estructura familiar, los precedentes históricos de nuestro derecho castellano. Para todo ello realizaremos un recorrido desde el origen romanista de la collatio hasta su regulación actual en nuestro Código Civil.

PALABRAS CLAVE: collatio; bonorum possessio; collatio dotis; collatio descendentium; collatio emancipati.

ABSTRACT: The main objective of this work is to carry out a brief study about the institution of collatio, its foundation, nature and its evolution throughout history and that of our legal system. To do this, we will analyze the origins and evolution of the family structure, the historical precedents of our Castilian law. For all this we will take a tour from the Romanesque origin of the collatio to its current regulation in our Civil Code.

KEYWORDS: collatio; bonorum possessio; collatio dotis; collatio descendentium; collatio emancipati.

I - INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la función y finalidad de la institución de las colaciones se ve modificada, algo que ya ocurría en las diferentes etapas comprendidas dentro del Derecho Romano.

El actual concepto de colación tiene su origen en el Derecho Justiniano ya que con esta institución se intentaba igualar a los herederos descendientes, teniendo en cuenta sus respectivas cuotas hereditarias, a través de la aportación a la herencia de lo que hubiesen recibido en vida por parte del causante, ya fuese mediante donación u otro título, siempre y cuando no hubiese dispensa de colación y una clara intención de beneficiar o favorecer a alguno de ellos.

Este nuevo tipo de colación se aleja bastante de la institución romana y tiene como fundamento la vinculación de los bienes al núcleo familiar. De esta forma, toda actuación en vida en favor de alguno de sus miembros requería que, posteriormente, hubiese una igualación posterior con los demás.

Todo esto tiene una influencia no solo en la estructura sucesoria moderna, sino también en algunas instituciones presentes en ella, como puede ser el caso de la mejora o com la defensa de la legítima. La colación, por su propia naturaleza y efectos que proyecta es

¹ Doctora en Derecho. Profesora de Sistemas Jurídicos Contemporáneos: Derecho continental y derecho anglosajón, Facultade de Dereito (Ourense), Universidade de Vigo. Email:maria.elisabet.barreiro.morales@uvigo.es.

una institución de efectos sucesorios mediante la cual se lleva a cabo una modificación en las cuotas hereditarias entre herederos forzosos, cuando alguno de ellos ha recibido una donación por parte del causante. En virtud de esta donación, si el donatario acepta la herencia, tiene que contar en su parte, siempre en beneficio de sus coherederos, lo que ha recibido con anterioridad por parte del causante a título lucrativo, salvo que el causante le haya librado de la colación.

Debido a los efectos que produce dicha institución, se integra dentro del derecho sucesorio, a pesar de que ya no se trata de una sucesión ya que la donación ya no pertenece al patrimonio del causante. La colación es una institución estrechamente vinculada con el régimen hereditario mediante la cual se da respuesta a una de sus contradicciones. Así pues, el régimen hereditario se va desarrollando y formando teniendo en cuenta no solo esta institución, sino también la estructura familiar y las funciones de la misma.

II- EL SISTEMA HEREDITARIO DEL *IUS CIVILE* Y DEL *IUS HONORARIUM*

La *successio* consiste en la identificación jurídica con la posición que ocupaba otra persona. No se recibe el traspaso de los derechos del causante o *de cuius* sino que se ocupa la posición del mismo. Por lo tanto, es en el derecho o de sucesiones donde se manifiesta con vigor la contraposición entre *ius civile* e *ius honorarium*. Así, hay un sucesor según el Derecho civil que se llama *heres* y un sucesor según el Derecho honorario, el *bonorum possessor*. Se trata, en ambos casos de sucesión (por tanto a título universal), de ocupar la posición jurídica del causante, de reemplazar a este en el conjunto de las relaciones jurídicas. Lo que ocurre es que la sucesión se basa unas veces en el *ius civile* y otras, en cambio, en el *ius honorarium*.

El pretor, como siempre, interviene para ayudar, suplir o corregir el *ius civile*. Así cuando el pretor concede la *bonorum possessio* a un *heres*, en realidad lo que hace es ayudar al derecho civil. En cambio, cuando se concede la *bonorum possessio* a una persona que no sea *heres*, pueden darse dos casos distintos: o no hay *heres*, y por tanto el pretor, al llenar una laguna del *ius civile*, suple al Derecho civil, o, por el contrario, puede haber un *heres*, en cuyo caso cabe la posibilidad de colisión con el *ius civile* en el que el pretor no apoya al *bonorum possessor* contra el *heres*, sigue triunfando el *ius civile* y se habla aquí de *bonorum possessio sine re*, en cambio si el pretor apoya al *bonorum possessor* contra el *heres*, entonces se habla de *bonorum possessio cum re*, y se trata de, una auténtica función correctora del *ius civile*².

La *hereditas* con los *corpora* (cosas materiales) y *iura* (acciones o derechos del difunto) es una *universitas*, pero no una *universitas personarum*, ni una *universitas rerum*. Para el Derecho la *hereditas* es la universalidad patrimonial que corresponde al *heres*, el ámbito en el que opera el

² CABALLÉ MARTORELL, A., *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*, UOC Edit., 2002, pp. 36 y ss.

ius successionis, es una *universitas iuris* y lo que adquiere el heredero es el *universum ius defuncti* y no un derecho determinado y concreto.

El *heres* al adquirir el *universum ius defuncti* se sitúa en la misma situación (*in locum*) y en la misma posición jurídica (*in ius*) del difunto; por esto es lógico que Sabino considerase a los herederos como *iuris successores*. El *heres* tenía un *ius* cuya base eran las XII Tablas o el testamento también admitido por ellas. La noción de *hereditas* del *ius civile* se movía dentro de las ideas anteriormente expuestas.

Cuando comenzó a predominar la familia cognaticia, el pretor modificó el orden sucesorio de las XII Tablas, en caso de muerte intestada del *paterfamilias*, llamando a la herencia paterna a los hijos desvinculados de la *potestas* o de la parentela agnaticia. Pero, como afirma Gayo (III, 32), las personas que el pretor llama a la herencia no se hacen por eso herederos de derecho, pues el pretor no puede hacer herederos, ya que estos lo son únicamente por ley o por una disposición análoga. Lo que hace el pretor es ofrecer la posesión de los bienes hereditarios a los que él considera con derecho preferente. La entrega de los bienes hereditarios, que las fuentes denominan *bonorum possessio*, colocaba al *possessor* del patrimonio, *loco heredis*. Venía a ser una sucesión, pero bajo la protección pretoria³.

El pretor ponía al *bonorum possessor* en el ejercicio de hecho del *ius hereditarium*, que correspondía al antiguo heredero civil, mediante *acciones ficticiae*. Estas *acciones ficticiae* pueden estar contempladas en el edicto o las puede otorgar el Pretor *causa cognita* o en cumplimiento de una ley pública. El heredero pretorio o *bonorum possessor* dispone del *interdictum quorum bonorum*, mediante el cual puede entrar en posesión del patrimonio hereditario.

Se discute entre los romanistas sobre el origen de las intervenciones pretorias en materia sucesoria, que desembocan en el sistema de la *bonorum possessio* tal como es recibido en el edicto Adrianeo. Los datos textuales de que disponemos, tomados principalmente de las obras de Cicerón, ponen en evidencia que en el s. I a. C. las intervenciones pretorias estaban muy lejos de constituir un verdadero sistema sucesorio orgánico.

Así como el *ius civile* se caracterizaba por una sucesión testamentaria, que tenía primacía sobre la sucesión *ab intestato*, y por el formalismo del testamento, y por una sucesión *ab intestato* organizada en torno a la familia agnaticia (*heredes sui, agnatus proximus, gentiles*), y por una sucesión forzosa que arranca del principio de que a los herederos domésticos hay que instituirlos o desheredarlos (*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*) imponiendo, por lo tanto, un único límite a la libertad testamentaria, la obligación formal de desheredar

³ GUARINO, A., *Collatio bonorum*, Roma, 1937, p. 2 y ss.

expresamente a los *sui heredes*, en cambio en el *ius honorarium* el pretor introduce en este panorama modificaciones a través de la fundamental institución de la *bonorum possessio*.

Estas reformas son, en esencia, que en la sucesión *ab intestato* se supere la vieja concepción de la familia agnaticia para dar también relevancia a los vínculos de sangre y en la sucesión forzosa se proteja a determinados herederos preteridos por el testamento, otorgándoles la *bonorum possessio contra tábulas*. Cuando comenzó a predominar la familia cognaticia, el pretor modificó el orden sucesorio de las XII Tablas, en caso de muerte intestada del *pater familias*, llamando a la herencia paterna a los hijos desvinculados de la *potestas* o de la parentela agnaticia. Pero, como afirma Gayo (III, 32), las personas que el pretor llama a la herencia no se hacen por eso herederos de derecho, pues el pretor no puede hacer herederos (*praetor heredes facere non potest*), ya que éstos lo son únicamente por ley o por una disposición análoga: lo que hace el pretor es ofrecer la posesión de los bienes hereditarios a los que él considera con derecho preferente. La entrega de los bienes hereditarios, que las fuentes denominan *bonorum possessio*, colocaba, como antes señalábamos, al poseedor del patrimonio, *loco heredis*.⁴

El que afirmaba su condición de heredero exponía al Pretor el fundamento de su derecho y este le concedía entrar en posesión de los bienes hereditarios y el *interdictum quorum bonorum* con el que podían defenderlo.

En cuanto a la adquisición de la *bonorum possessio*, el principio por el que se rige es la *petitio o adgnitio bonorum possessionis*, esto es, debe ser pedida al magistrado y se adquiere, por tanto, voluntariamente. La concesión por parte del magistrado se llama *bonorum possessionis datio* y la adquisición se conoce con el nombre general de *bonorum possessionis adgnitio*. Esta petición debe hacerse en el plazo establecido, a saber, un año útil para los ascendientes y descendientes y cien días para todos los demás sucesores, a partir siempre del momento en que se conoció la apertura de la sucesión.⁵

La *collatio* es un instituto nacido en el ámbito de la *bonorum possessio*. Al conceder ésta el pretor a los hijos emancipados, haciendo que concurrieran en igualdad de condiciones que los *sui*, se encontraban en una situación ventajosa con respecto a estos, en cuanto que podían constituir un patrimonio propio, mientras que los *sui* adquirían para el *pater*, contribuyendo a aumentar el patrimonio que debía dividirse entre todos a partes iguales. Al concurrir a la sucesión, unos y otros, los emancipados resultaban favorecidos, dado que desde la

⁴ BETANCOURT, F., *Derecho Romano clásico*, 3ª ed., Sevilla, 2007, p. 187.

⁵ CABALLÉ MARTORELL, A., *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*, *op. cit.*, pp. 15- 17.

emancipación habían adquirido para sí, contrastando con la situación de los *sui* (*quod adquisit filius pro patre patrias fit*).

En la etapa originaria, la colación no tenía como fin establecer una igualdad, sino restablecerla, reconstruir la igualdad de los hijos ante el patrimonio de la familia que había sido rota por el beneficio de la emancipación, por ello podemos decir que la igualdad no era el fin de la *collatio* romana, sino su presupuesto: no era un deber de los que habían quedado en la familia, sino de los *ex familiati*, en beneficio de aquellos.

Cuando los pretores conceden la *Bonorum Possessio* a los hijos emancipados, crean una disparidad económica pues todas las ganancias de los *heredes sui* pasan *ipso iure* al *pater familias*. Para cambiar esta situación de injusticia, el pretor impuso a los emancipados que quisieran participar en la herencia, la *collatio bonorum*, esto es, la obligación de dividir con los *sui* todo lo adquirido desde la emancipación y que habría correspondido al *pater* si hubieran seguido bajo su *patria potestas* (D. 37,6,1,pr.)⁶. Así pues, es una medida de equidad la que hace nacer esta forma clásica de colación. En efecto, el pretor admite, sin distinguir, a la sucesión *abintestato* (*bonorum possessio sine tabulas*) y a la *bonorum possessio contra tabulas*, del *pater*, a los hijos, sean *sui* o *emancipati*.⁷

La estructura de la familia romana, acompañando al giro de la relación adgnaticia a la cognaticia, y la evolución que experimenta el derecho hereditario en materia de sucesión *abintestato* son las causas que motivaron el nacimiento de esta institución, que hace que dé un giro copernicano y, desde el comienzo del Principado y hasta bien transcurrido el s. V, se observa en Roma la existencia de los dos sistemas, coetáneos pero bien diferenciados, el *ius civile* de la Ley de la XII Tablas, para los herederos civiles y el *ius honorarium* constituido por las normas recogidas por el pretor en su Edicto, que dan soluciones a aquel obsoleto ordenamiento.

De este modo, la colación, conforme se presenta en las fuentes clásicas, es diversa de la colación moderna; en cambio los gérmenes de ésta pueden encontrarse en el Derecho postclásico y justinianeo. Por ello estudiaremos primero, separadamente, los dos institutos (*collatio bonorum* y *collatio dotis*) en los que se manifiesta, la colación, en el período clásico, para luego referirnos a la transformación operada por el derecho postclásico.⁸

Por su parte, la *collatio dotis* concernía al caso de la mujer que entraba en matrimonio *sine manu* (por lo que continuaba bajo la potestad del *pater*), dotada por su padre o por un ascendiente paterno: aunque originalmente la dote pertenecía al marido, debía ser restituida

⁶ ROCA, J., *Derecho y proceso: estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*, Universidad de Murcia, 1980, pp. 673- 675.

⁷ DE LOS MOZOS, J.L., "La colación", *op. cit.* pp. 14-15.

⁸ *Ibid. Ibidem.* p. 14.

a la mujer (y no al constituyente de la misma) cuando se disolvía el matrimonio; y aunque se trataba de un *alieni iuris*, los bienes dotales constituían un patrimonio propio de ella. Adicionalmente, como la mujer continuaba bajo la potestad de su padre, era llamada a su herencia intestada, motivo por el cual estaba en ventaja respecto de sus hermanos no dotados. Para corregir tal desigualdad, se la obligó a ingresar a la masa hereditaria el provecho que ella pudiera obtener de la eventual restitución de la dote.⁹

La aplicación de la obsoleta y rígida Ley de las XII Tablas produce distorsiones y perjuicios para los descendientes del sexo femenino; Gayo señala que la mujer emancipada es excluida de la herencia civil paterna, si el *de cuius* fallece sin hacer testamento, o si el que ha realizado es nulo de pleno derecho. De igual modo, son excluidos del llamamiento intestado, todos los familiares cognaticios unidos en parentesco por línea ascendente femenina.

La *collatio dotis* responde, pues, a una situación de iniquidad parecida a la que se daba con respecto a la hija (emancipada o no), que recibió una dote del padre, en vida de este, y que, a su muerte, solicita la *bonorum possessio intestati o contra tabulas*. El marido es el propietario de la dote, pero también es cierto que la mujer tiene la expectativa de la restitución de la dote en caso de divorcio o muerte del marido. De ahí que la mujer deba prometer (por supuesto, en forma de *satisdatio*), que, en caso de que tenga lugar la restitución de la dote, esta se imputará a la masa hereditaria.¹⁰

En el 240 d.C. un rescripto del emperador Gordiano obliga a la *filia sua* a conferir no sólo a sus hermanos *in potestate*, sino también a los *emancipati* aunque a estos sólo la dote profecticia (la que ha recibido del *pater* como donación).

Antonino Pio amplió la obligación de colacionar de la hija en el sentido de obligarla a realizar la *satisdatio* no sólo si solicitaba la *bonorum possessio*, sino también si era, simplemente, heredera según el *ius civile*. Ese va a ser el punto de partida para una evolución del instituto de la colación que culmina en el Derecho postclásico y justiniano, donde se advierten ya rasgos de colación de los derechos modernos.¹¹

En efecto, un rescripto de este emperador extendió esta *collatio* también a la hipótesis de que la *sua heres* sucediera como heredera civil sin ejercitar el *ius abstinendi*. Así pues, la mujer prometía la colación de la dote, si y en cuanto le fuese restituida...el modo de colación se consideraba idéntico al de la *collatio bonorum*. Sólo había una diferencia, y es que si concurrían

⁹ LÓPEZ HERRERA, F., *Derecho de sucesiones*, UCAB, 4ª ed. Caracas, 2008, p. 45 y ss.

¹⁰ CABALLÉ MARTORELL, A., *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*, *op. cit.*, p. 37.

¹¹ J DE LOS MOZOS, J.L., "La colación", *op. cit.* p. 2.

varias *filiae* dotadas, la *collatio* debía tener lugar no sólo en favor de los otros *sui* sino también recíprocamente¹².

Así pues, ya no existe la ficción de la cualidad de *sui*, aplicada en favor de los coherederos del emancipado, sino la idea de que la *filia* debe computar en su cuota lo que se ha desembolsado en su favor a título de dote. Existe pues ya, una desviación con relación a la *collatio emancipati*¹³, en cuanto que se hace teniendo en cuenta la pertenencia de la dote, sin distinguir si la mujer es emancipada o está *in potestate*. De este modo se insinúa ya la idea de que la *collatio* tiene como fin igualar no a los *sui* y a los *emancipati*, sino a los hijos, por lo que se refiere a las liberalidades del *pater*.¹⁴

Desde su introducción en el Edicto, hasta la disposición imperial dictada por Antonino Pio, la colación de la dote debió ser introducida paralelamente a su homóloga *collatio bonorum* pues responden a una filosofía hereditaria análoga, basada en la equidad, que pretende corregir las distorsiones patrimoniales que se producen entre los coherederos que son llamados a la *bonorum possessio*; de aquí deriva que el régimen de la *collatio dotis* sea análogo pero no idéntico al de la *collatio bonorum*¹⁵. El hecho de que la hija deba colacionar la dote entregada por su padre demuestra con claridad que el Pretor y los coherederos tenían en cuenta las entregas de bienes que aquel había hecho en vida. Con respecto a la polémica sobre su origen, no puede haber duda de ello; los hermanos ven reducida su cuota hereditaria con la presencia de su hermana en el concurso sucesorio.

En el Derecho postclásico la *collatio emancipati* experimenta un notable retroceso, en consonancia con la ampliación de la capacidad patrimonial de los hijos de familia mediante los peculios¹⁶. Al poder los no emancipados adquirir para sí, va a desaparecer el fundamento de la *collatio bonorum* (a este respecto resulta decisiva una constitución del emperador León del año 472 recogida en la ley 17, *De collatione* 6-20, del Código). Por otra parte, la obligación de colacionar la dote no se limita ya a la *dos profecticia*, sino que se extiende también a la *dos adventicia*.

Es en el Derecho justinianeo donde encontramos ya rasgos de la institución de la colación que pasan a los derechos modernos. Así, todos los descendientes que suceden *ab intestato* a un ascendiente común deben colacionar, al acervo hereditario, la dote, la *donatio*

¹² DAZA MARTÍNEZ, J., “Collatio Dotis”. *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, Nº 8, 1993, p. 17 y ss.

¹³ GUARINO, A., *Le collazioni ereditarie*, Nápoles, 1944, p. 17 y ss.

¹⁴ *Ibid.*, *Collatio bonorum*, *op. cit.*, p. 23 y ss.

¹⁵ *Ibid. Ibidem.*, 1944, p. 134 y ss.: “Noi riteniamo, insomma, che la *collatio dotis* «vada concepita, per diritto classico, come un istituto di formazione giurisprudenziale, il quale ebbe due campi di applicazione distinti e separati: l'uno nella *bonorum possessio* contra tabulas ed unde liberi, l'altro nella hereditas civile”.

¹⁶ *Ibid. Ibidem.*, 1938, p. 521 y ss.

propter nuptiae y la *donatio ad emendam militiam*. Finalmente la novela 18 de Justiniano extiende la obligación de colacionar a la sucesión testamentaria.¹⁷

Así pues, una de las claves que determinó el desarrollo postclásico de la *Collatio Dotis* y de la *Collatio Emancipati*, fue la evolución de los peculios. La transformación de ambos institutos y su aplicación en el ámbito procesal hereditario generan injusticias y arbitrariedades; también la evolución del derecho de familia distorsionará el fundamento y la naturaleza jurídica de las colaciones.

En la *collatio bonorum* clásica, los *heredes sui* reciben una porción de los bienes de los emancipados, en la sucesión intestada, para compensar los derechos hereditarios que se generan por la participación de estos en la herencia paterna. En la etapa postclásica, los *alieni iuris* adquieren bienes y son titulares de derechos patrimoniales igual que los *sui iuris*. Mientras estos están obligados a colacionar sus bienes con sus hermanos, en la sucesión intestada, a los que han permanecido *in potestate* no se les exige aportación alguna.

Otro tanto ocurre con la *collatio dotis*, en que la hija es obligada a colacionar y sin embargo sus hermanos *in potestate* están exentos de la colación¹⁸.

El cambio de perspectiva de la *collatio* en Derecho romano arranca cuando la *collatio bonorum* ya no se destina a corregir la desigualdad producida por las diferencias de capacidad patrimonial de *sui* y emancipados, en relación con la herencia común del padre, sino a establecer la igualdad entre el hijo no provisto por el padre durante su vida y los hijos favorecidos por el padre. La constitución de León generalizó el deber de colación a los hijos, *sive iuris in potestate-constituti*, de las liberalidades recibidas del patrimonio paterno por dote, donación *propter nuptias*, en ocasión del matrimonio o después de este; en cuanto a los *sui*, lo recibido por dote o *donatio propter nuptias*.

En conclusión, cuando sólo el emancipado podía constituir patrimonio propio, solo él colacionaba; cuando también el *sui* puede hacerlo, a él se extiende el deber de colacionar. Por ello, cuando la capacidad del *sui* se configura por medio de los sucesivos peculios, la capacidad del emancipado no fue ya un privilegio que rompiera la igualdad frente al patrimonio familiar, y la consecuencia fue que las novelas 115 y 116 de Justiniano borraron toda diferencia, sujetando a todos a la obligación de colacionar aquellas cosas y bienes que hubieran recibido del padre, incluso para su colocación, si el padre lo había sometido a esta carga.

¹⁷ CABALLÉ MARTORELL, A., *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*, op. cit., p. 37

¹⁸ DAZA MARTÍNEZ, J., “Collatio Dotis”, op. cit., p. 17 y ss.: “La *collatio dotis* consistía en esto: las hijas del difunto que hubieran contraído matrimonio provistas de dote estaban obligadas a conferir ésta a sus coherederos, como conditio sine qua non para poder participar en el patrimonio del padre difunto. El fundamento de la *collatio dotis* no es el mismo que el de la *collatio bonorum*, sino que es sólo análogo a él, tal como se evidencia en un pasaje de Ulpiano que se conserva en el Digesto”.

III. LA AMALGAMA DE LO ROMANO Y GERMÁNICO EN MATERIA DE COLACIÓN

Los institutos de la colación del derecho romano clásico, *collatio dotis* y *collatio emancipati* evolucionaron para terminar transformándose en una forma común de la colación, la *collatio descendentium*¹⁹.

El Imperio romano de occidente desaparece en el 476 d.C., aunque ya se habían producido los primeros asentamientos masivos de pueblos “bárbaros” en el interior del imperio en el 405 (suevos, vándalos y alanos). Esto produce una afluencia de elementos extraños al campo de la colación debido a la nueva conciencia social y jurídica que aportan los pueblos germánicos, y que se traduce en una concepción de la familia y de la propiedad totalmente distinta de la romana.

Esta influencia sobre el instituto de la colación acentuará el proceso de vulgarización que ya se había iniciado en el Derecho romano, pero conducirá también, al relacionarse con otras instituciones afines, a que se construya un criterio equivocado del instituto de la colación en el período moderno²⁰.

III.1 El derecho germánico, etapa antigua

La organización familiar es el elemento importante en el derecho sucesorio de los pueblos germánicos y por lo tanto las variaciones que sufre esa organización familiar es la que va dando lugar, de forma paralela, a modificaciones de ese derecho, desarrollándose al mismo tiempo que lo hace la familia.

Veíamos en apartados anteriores como en Roma, la personalidad del difunto continuaba a través de la del heredero. No es que se efectuase un traspaso de la propiedad del *pater familias* al *filius*, sino que este suplantaba a aquel en su personalidad y esta continuaba a través de la persona del heredero el cual se subrogaba en la posición de aquel con las condiciones patrimoniales que ello implicaba.

En el derecho germánico el heredero adquiere la herencia no por transmisión de la propiedad del padre sino que pasa a ostentarla por derecho propio (razón por la cual nunca respondía personalmente de las deudas del difunto).

El testamento era una institución desconocida en el Derecho germánico, ya que regía el principio “*heredes gignuntur, no fiunt; solus Deus heredem facere potest, non homo*”. Precisamente por ello se consagra la prohibición de testar y al prohibir el testamento, se eludía que los

¹⁹ GUARINO, A., *Le collazioni ereditarie*, *op. cit.*, p. 157 y ss.

²⁰ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.* pp. 33-34.

bienes familiares pudiesen salir de la familia, como sucedería si se destinaran a los hijos naturales y las hijas.

A ello hay que añadirle el mantenimiento del sistema de copropiedad familiar que no es sino una manifestación de la copropiedad germánica o en mano común en virtud de la cual, los hijos no sucedían al padre en su patrimonio, sino que recibían lo que ya era de ellos por la propia configuración de la familia.²¹

Así pues, el hecho de que no existiese la propiedad individual conlleva a la falta de un derecho sucesorio al modo de los romanos; el patrimonio pertenecía a la comunidad familiar o comunidad doméstica; el padre solo gozaba de una tenencia vitalicia de los bienes y sólo podría disponer de ellos con el consentimiento y cooperación de los hijos.

A partir del s.VI, desaparece la propiedad colectiva, entra en decadencia la propiedad familiar y se adopta la propiedad privada a imagen de los romanos aunque la propiedad familiar no llega a borrarse por completo. El patrimonio permanece indiviso en manos de los grupos familiares cuyos miembros individualmente no pueden disponer del patrimonio familiar. Sólo podían disponer de los bienes muebles, mientras que los bienes inmuebles que constituían el objeto principal de la sucesión se subdividían en propios y adquiridos, siendo los propios (aquellos que el causante había recibido de sus ascendientes) los que se transmitían necesariamente. Dentro de estos bienes inmuebles propios aquellos que eran nobles (feudos) habían de someterse a los principios de primogenitura o mayorazgo, respecto de los descendientes del causante y al privilegio de masculinidad.²²

Sobre esta base nos encontraremos con dos tipos de colación entre los germanos:

- a) En el campo de la división hereditaria, allí donde es admitida, en función de situaciones análogas a las que provocan la colación en el Derecho romano.
- b) Otro tipo de colación que aparece cuando las instituciones germánicas adoptan instituciones romanas del Derecho romano postclásico o Derecho romano vulgar.²³

III. 2 *Derecho visigótico*

Una vez que los bárbaros invaden el imperio romano, su derecho coexiste con el Derecho romano. Fruto de esta convivencia se produjo una influencia recíproca entre ambos ordenamientos jurídicos y en el pueblo vencedor surge un Derecho germánico claramente romanizado. De hecho estos pueblos recurren a la institución testamentaria y rechazan la sucesión intestada por el ferviente deseo, típico de los recién conversos, en realizar legados de carácter piadoso para lo que recurren a la institución del testamento.

²¹ LÓPEZ HERRERA, F., *Derecho de sucesiones*, *op. cit.*, p. 51.

²² ELLUL, J., *Historia de las Instituciones de la Antigüedad*, Aguilar, Madrid, 1970, p. 551.

²³ DE LOS MOZOS, J.L., "La colación", *op. cit.*, p. 38.

Tal nuevo uso no sólo ocasionó innumerables conflictos entre las instituciones eclesiásticas y los parientes cercanos del difunto, sino que contribuyó a consolidar el derecho de la familia y el respeto a la copropiedad familiar por encima de la voluntad del individuo.²⁴

Donde esto se visualiza con cierto carácter de generalidad es en la *Lex romana visigothorum*, que sigue casi por entero el *Codex Theodosianus* y que acoge la *collatio dotis* postclásica de la hija que quiera concurrir con sus hermanos a la herencia paterna; incluso sigue la técnica romana puntualmente en materia de *peculio castrense*, lo que hace suponer que el establecimiento de estas normas sea paralelo de la persistencia del estatuto romano en materia de colación.

Para hacernos una idea aproximada de la sucesión visigoda hemos de tener en cuenta que, en la sucesión intestada heredan los parientes más próximos, descendientes, ascendientes y colaterales hasta el séptimo grado, y en la testada se impone al *de cuius* el respeto de una parte del patrimonio que debe permanecer en los parientes más próximos, herederos forzosos o legitimarios, los hijos, recogiéndose una serie de cuotas en las que se fijan unos máximos y unos mínimos que el testador no puede sobrepasar. Estas normas han de tenerse en cuenta para darnos una idea de la colación.

En el código de Eurico se establece la igualdad de las cuotas, en la sucesión de los descendientes. Esta equiparación en la sucesión legítima se acentúa aún más en la *Lex Visigothorum Recesvindiana*, y conforme a ello la función de la colación de la dote y de las donaciones por razón de matrimonio, se manifiesta en el campo de lo que, modernamente se llama computación de la legítima, conforme al sistema hereditario en que se plantea que tiende a la equiparación de los coherederos. De acuerdo con ello se puede comprender perfectamente lo que indica PLANITZ de la colación en el derecho germánico “Al llevarse a cabo la partición del caudal relicto, los herederos estaban obligados a colación o nivelación. Como los herederos de igual grado habían de resultar favorecidos por igual, dichos herederos tenían que contar en la masa de la herencia las donaciones que el causante les había hecho ya durante su vida. Esto no se llevaba a cabo mediante la restitución *in natura*, sino mediante computación.”²⁵

En definitiva, la colación germánica se basó en la absoluta vinculación de los bienes a la familia, de manera que todo anticipo en vida a favor de cualquier descendiente requería una absoluta igualación posterior. En consecuencia la colación germánica actuó en defensa

²⁴ BERNARD MAINAR, R., *De la legítima romana a la reserva familiar germánica*. *Revista Internacional de derecho romano*, UCAB, 2008, p. 42.

²⁵ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, pp. 40-41.

de las legítimas.²⁶ En cambio la colación romano bizantina prescribía que el causante quería que el relicto más las donaciones colacionables se repartiesen entre los herederos en la proporción en que habían sido instituidos o en la de sus cuotas abintestato.

La colación germánica, pues, ofrece un *modus operandi* semejante al que presentaba en derecho romano, si bien, por la concepción misma de la sucesión legítima, viene a resultar con una función sensiblemente distinta, de absoluta equiparación entre los coherederos del mismo grado y se confunde con el cómputo de la cuota legitimaria en el campo de la división hereditaria que se había iniciado en el derecho postclásico. Así pues, la colación bajo-romana penetra en las fuentes de nuestro antiguo Derecho a través de la *Lex Romana Visigothorum*, pero también se infiltra en ella la tradición jurídica germánica modificando la ya alterada estructura del Derecho romano postclásico, como aparece en la *Lex Visigothorum recesvindiana*, donde se introduce una implicación sistemática inadecuada para el instituto de la colación, al relacionarla con la defensa de la legítima.²⁷

III.3 Derecho romano vulgar de la alta Edad Media

Un recorrido por los anales de la colación hereditaria desde la Alta Edad Media, las Leyes de Toro hasta la etapa codificadora, supone un estudio de las condiciones sociales, políticas y económicas que le sirvieron de base.

La serie de factores que afectaron al derecho romano clásico para dar paso al de la época postclásica, sumado al factor externo de la influencia ejercida sobre él por las prácticas, usos y costumbres de los provinciales desde la concesión general de la ciudadanía, por parte de Caracalla, dio origen a un derecho diverso de aquel del período clásico, denominado Derecho Romano Vulgar. También influyó el cristianismo en expansión y, algo más tarde, a partir del s. V los derechos de los diversos pueblos germánicos. Los reinos constituidos por esos invasores dictaron una legislación que recogió el derecho romano bajo sus formas vulgares, a través de las cuales pervivió el derecho romano durante el alto medioevo. Max Kaser afirmaba que el derecho romano vulgar era un fenómeno ... resultado de un proceso de adaptación del ordenamiento jurídico a las alternativas que experimentan las situaciones sociales, económicas y jurídicas, adaptación que lleva consigo una necesaria simplificación de normas en unos casos y, en otros, la confusión con elementos jurídicos extraños.

Con el asentamiento de los pueblos bárbaros en territorio del imperio y antes de llegar a una fusión de los mismos con los habitantes del mismo, se produjo lo que se conoce como la aplicación del principio de personalidad en el derecho, es decir, aplicación de sistemas

²⁶ GAGO SIMARRO, C., *Cómputo de donaciones y colación*, 2016, p. 6.

²⁷ DE LOS MOZOS, J.L., "La colación", *op. cit.*, pp. 41-73.

jurídicos diferenciados para los conquistadores y para los antiguos pobladores. A esto responden los tres códigos que conocemos con el nombre de Edicto de Teodorico, aunque este se aparta del principio anterior y aplica el de territorialidad, la Ley Romana de los Visigodos y la Ley Romana de los Borgoñones. A partir del s. VI se produce un resurgimiento de la influencia romana en el ámbito del derecho merced a la inmensa obra legislativa llevada a cabo por Justiniano, que aparte de la labor codificadora adapta las normas jurídicas anteriores, a las necesidades de la época. Se le aplica el nombre de derecho vulgar al derecho existente en las provincias orientales del imperio y al derecho occidental en la fase de decadencia.²⁸

García-Ripoll Montijano, comenta que en la Alta Edad Media la familia adquirió un papel esencial, (a lo cual hemos hecho referencia en el apartado anterior), al desaparecer el reino visigodo y el poder público hacerse débil en la zona cristiana, por lo que, a diferencia del Derecho romano, la propiedad del padre de familia apareció como una propiedad cuasi comunal. Esta situación de copropiedad repercutió en el Derecho de Sucesiones, cediendo la libertad dispositiva *mortis causa* en favor del sistema de división igualitaria.

Pero, es en el Derecho vulgar del Alto Medievo donde se encuentra la persistencia de la colación conforme a la *lex* romana, y esto no tiene nada de extraño por la permanencia del derecho bajo romano en algunas partes del antiguo imperio además de haberse transmitido este Derecho a través de compilaciones privadas menores como los Epítomes. De todas maneras la sucesión aparece configurada como legítima y tanto el *premium emancipationis* como la *dos* atribuida a la hija eran obligados a traerlos a colación a no ser que hubiesen sido dispensados por el testador o bien se contentasen con lo recibido y se considerase como un apartamiento de la herencia. Poco margen quedaba pues, a la colación en la práctica del Derecho²⁹.

VII.4. La escuela de los glosadores

Los glosadores son aquellos especialistas del derecho que en el siglo XI comienzan a estudiar el derecho romano clásico y se limitan a glosar, a comentar cada una de las palabras que componían la definición de una determinada disposición de derecho romano pero sin ninguna actualización³⁰.

Al estudiarse el Derecho romano en todas las zonas europeas, se consideró a ese Derecho como *ius commune*.

²⁸ M. MORINAEU, 2006, pp. 66- 67.

²⁹ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, pp. 44-45.

³⁰ MARGADANT, G., *Panorama de los sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM, México, 1997, pp. 30-36.

La escuela de los glosadores, también llamada de Bolonia o de los jurisconsultos boloñeses, por ser esta universidad donde apareció y se desarrolló, comprende a los jurisconsultos que enseñaron desde el siglo XII hasta la segunda mitad del siglo XIII, y que usaron la glosa, es decir, la exégesis textual, como forma de sus escritos. Aunque el interés fundamental de los glosadores fue el texto, la glosa no se limitó a una simple *expositio verborum*, sino que éste fue el punto de partida para su *interpretatio*.

El Derecho Romano no se extinguió con la desaparición política del imperio en el siglo V, sino que fue recibido en muy diversas formas por los nuevos pueblos que surgieron de las ruinas de éste a través de las leyes romano-bárbaras. Partes del derecho justinianeo se utilizaron en Occidente antes del “descubrimiento” de Irnerio, que dio origen a la escuela de Glosadores fundada por el mismo.

Con referencia a la colación, no hay que olvidar que los glosadores se encontraron con una institución que ofrece en el Digesto y en el Código los diversos estadios de su evolución del Derecho antiguo al nuevo, y, por otra parte, el natural contraste con el Derecho vivo de la época. Por ello el intérprete –añade Vismara– para superar la dificultad de los textos con una disciplina unitaria de la colación en la que no faltarán incertidumbres y vacilaciones.

Acepta la Glosa, el esquema postclásico y justinianeo de la *collatio descendantium* en la cual lo recibido por el hijo en cualquier modo, tiempo y forma, se entiende como anticipo de la herencia, ya que se presume, genéricamente, que cuando el hijo emancipado solicita la *bonorum possessio* está perjudicando la condición del *suus*; todos los hijos, emancipados o no, han de colacionar, extendiéndose la colación a toda clase de bienes que tengan la consideración de *bona profecticia* y no exceptuándose el peculio castrense y cuasi castrense. Además, la colación tiene lugar, no sólo en la *successio ab intestato*, sino también en la testada, a no ser que el padre haya exonerado a los hijos de tal obligación.

Otro tanto viene a suceder con respecto a la dote, en que la hija dotada, en la *successio ab intestato* tiene la obligación de conferirla si ha de participar en la herencia con sus hermanos, e igualmente en la sucesión testamentaria, a no ser que el padre la haya dispensado de esta obligación; cuando haya sido restituida se considerará mejora a favor de la hija. Lo mismo, con respecto a las donaciones *propter nuptias* y la *donatio propter militiam*, que deben ser conferidas en la sucesión *ab intestato* lo mismo que la dote³¹.

IV. PRECEDENTES LEGISLATIVOS DEL CÓDIGO CIVIL

Las ideas de la colación bajo-romana penetran en nuestro Derecho a través de la *Lex romana Visigothorum*, al mismo tiempo que se infiltra, también la tradición jurídica germánica,

³¹ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, p. 51.

pero esta constituye una implicación inadecuada para el instituto de la colación, ya que la relacionan con la defensa de la legítima. Ambas tradiciones se manifiestan de forma diferente, la tradición germánica lo hará en la concepción familiar de los bienes hereditarios, pero la superioridad del Derecho romano conservado en el Derecho vulgar y recibido junto con el justinianeo en Las Partidas, impone a nuestro Derecho no un barniz superficial de romanismo sino su estructura y función fundamental³².

Siguiendo a D'ORS, todas las donaciones de bienes recibidos del padre, dote, donación *propter nuptias*, compra de algún oficio público y en general todas las liberalidades recibidas, constituyen una aportación que tanto en la herencia testada como intestada se tiene el deber de colacionar ya que se presumen anticipo de herencia³³.

IV.1. Instituciones de influencia germánica: el Fuero Juzgo y el Fuero Real

Se encuentran en el *Fuero Juzgo*, versión romanceada del Liber Iudiciorum, en la *Lex Wisigothorum* y en el *Fuero Real*³⁴, donde se dispone, como indica la ley, la colación de las hijas y de los hijos³⁵. El *Fuero Juzgo* se basa en la *lex romana* con lo que utiliza como fuentes el Derecho romano de antes de Justiniano y las costumbres godas y cánones conciliares por lo que la colación que el regula, se configura sobre la base de la colación bajo-romana pero con influencia germánica, aunque la influencia más directa de carácter germánico se manifiesta en los Fueros municipales, mientras que en el *Fuero Real* se considera que no está sujeto a colación lo que el rey dé al hijo o éste gane con su trabajo, manifestaciones, estas dos, que trasladan el concepto de colación de los peculios castrense y cuasi castrense romanos. Es decir que en el Fuero Real sobresale una gran influencia germánica pero sin renegar de la influencia romana.

Estas manifestaciones de la colación de influencia germánica tienen escasa influencia en el Derecho moderno, aunque como indica LACRUZ “acaso se debe a su espíritu la confusión que todavía subsiste en el código entre las operaciones que se verifican para calcular la legítima y en defensa de esta, y el deber de colacionar que el Derecho impone, sólo para proporcionar más exactamente las cuotas hereditarias, a la voluntad que cabe presumir en el causante”³⁶.

³² *Ibid. Ibidem.* 1965, pp. 73-74.

³³ D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, EUNSA, Pamplona, 2014, p. 211.

³⁴ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, p. 74.

³⁵ *Los Códigos Españoles: concordados y anotados, I*, Madrid, 847-1851, p. 385: “toda cosa que el padre, o la madre dieren a alguno de sus hijos en casamiento, sea tenido el fijo de lo aducir a partición con los otros hermanos después de la muerte del padre, ó de la madre que gelo dió: e si ambos se lo dieron de consuno, y el uno dellos muriere, el fijo sea tenido de tornar á partición la meytad de lo que le dieron en casamiento: é se amos muriesen, todo lo torne quanto le dieron á partición con los herederos [...]”.

³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de sucesiones, parte general*, Barcelona, 1961, p. 563.

IV.2. Instituciones de influencia romana: Las Partidas y las Leyes de Toro

La manifestación jurídica que recoge fundamentalmente la herencia romana, en su versión justiniana, son Las partidas, código del que afirma F. de Castro que “es una obra polémica por lo que a título, autor y fecha respecta, concluidas por Alfonso X el Sabio”.³⁷

Se establece la colación entre los descendientes, excluyéndose en relación a los extraños; se extiende a la dote o donación por matrimonio salvo que medie dispensa del donante y se excluyen, al igual que en el *Corpus iuris civilis*, los peculios castrense y *quasi castrense* y excluye también, apartándose del derecho romano las donaciones *ad emendam militiam*.³⁸

Así pues, Las Partidas dieron lugar a un período de transacción entre las dos legislaciones³⁹.

A través de las 83 leyes de Toro, ha conseguido el Derecho español el equilibrio entre las distintas e irreconciliables corrientes, romana y germánica. Estas leyes, casi todas de instituciones de Derecho privado, confirmaron el sistema de transacción iniciado anteriormente. Siguen la línea romanista de Las Partidas y distinguen perfectamente entre colación e imputación a la legítima en la doctrina clásica castellana y lo mismo con la dote, donde vuelve a distinguir perfectamente entre colación e imputación a la legítima: “*Cuando algún hijo o hija viniere a heredar o partir los bienes de su padre, o de su madre, o de sus ascendientes, sean obligados ellos e sus herederos a traer a colación e partición la dote e donación propter nuptias, e las otras donaciones que oviere recibido de aquel, cuyos bienes vienen a heredar. Pero si se quieren apartar de la herencia que lo puedan hazer, salvo si la tal dote o donaciones fueren inoficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren... a tornar a los otros herederos del testador, aquello en que son inoficiosas para que lo partan entre sí; ...*”⁴⁰.

La ley 29 de Toro “*es la primera que directamente y en términos espresos impone a los hijos la obligación de traer á colación los bienes donados por sus padres. Como esta materia, á semejanza de otras, trae su origen del derecho romano, no he creído fuera de propósito, antes sí muy conducente para la mayor ilustración de la presente ley, detenerme á dar una breve y sucinta noticia de la colación, su origen, progresos y estado que le dieron las últimas disposiciones del Emperador Justiniano*”.⁴¹

Sin embargo “el instituto presenta importantes dificultades pues es muy común que haya juristas que confunden la colación con la imputación a la legítima e incluso con la imputación en general” tal como indica VALLET, mientras otros la distinguen

³⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, parte general*, Valladolid, 1955, p. 107.

³⁸ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, pp. 78-80.

³⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, parte general, op. cit.*, p. 107.

⁴⁰ PACHECO, J. F., *Comentario histórico, crítico y jurídico á las Leyes de Toro*, Imprenta y Fundición de M. Tello, Tomo I, Madrid, 1862, p. 60 y ss.; ÁLVAREZ DE POSADILLA, J., *Comentarios a las leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*. Cuarta Impresión, Madrid, 1983, p. 75 y ss.

⁴¹ DE LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico-jurídico-literario a las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, Madrid, 1827, p. 327.

perfectamente como DE LLAMAS Y MOLINA en la obra que antes hemos referenciado, en el comentario a la Ley 29 de Toro, en que explicita un verdadero tratado de la sucesión pretoria y de la justiniana.

IV.3. La colación en el antiguo derecho

Siguiendo a DE LOS MOZOS hemos de expresar que, en lo fundamental, nuestro Derecho recibe y sigue las influencias del Derecho romano justiniano, que se reflejan en las siguientes características:

La colación se extiende a cargo y en favor de los descendientes emancipados o no; los nietos colacionaban cuando sucedían por representación de su padre pero no cuando lo hacían por derecho propio. La colación sólo tiene lugar cuando se sucede a título de herencia, sea testada o intestada, es decir, a título universal, siempre que hereden conjuntamente con otros descendientes que reúnan las mismas condiciones.

En principio sólo eran colacionables la dote y las donaciones *propter nuptias* y en cuanto al resto de las donaciones unos tratadistas opinaban que las donaciones *ob causam*, resolviendo el problema de determinar cuales, entendiendo que la ley 29 de Toro se refería a las necesarias. Las *remuneratorias* se consideran, en general, como no colacionables ya que entendían que eran *adventicias*. Y con respecto a las *simples*, en principio no colacionables, habían de serlo en los casos que, conforme al Derecho romano se ordenaba excepcionalmente su colación.

En cuanto al momento en que han de valorarse los bienes sujetos a colación opiniones fluctúan entre la tesis romanista que dice que su valoración ha de ser en el momento actual de la apertura de la sucesión, deducidas las mejoras y plantaciones y la solución contrapuesta que opina que el valor ha de dársele referido al momento de la dote o donación⁴².

V. EL PERÍODO CODIFICADOR

La historia de la codificación española, hasta la tardía promulgación del CC en julio de 1889, fue definida por Tomás y Valiente como “la larga historia de una frustración”. Esta supuso una lenta sucesión de proyectos incompletos en ocasiones y derrotados en otras, que ocasionó que, fuera de Castilla, durante casi la totalidad del siglo XIX, siguieran en vigor las fuentes escritas o consuetudinarias de sus ordenamientos jurídicos forales. Mientras, en Castilla se continuó con la aplicación de las normas contenidas en las Partidas, Ordenamiento

⁴² DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, pp. 91-96.

de Alcalá, Leyes de Toro o en la Novísima recopilación de 1805, utilizada con frecuencia por las distintas sentencias del Tribunal Supremo anteriores a 1890.

Así, el proyecto de Código Civil de 1851 introduce un giro en la regulación de la colación distinguiendo el concepto técnico de la misma del cálculo de la legítima. La distingue también de la imputación y de la reducción, pues mientras para la colación se trata de normas de derecho voluntario, las normas de la computación y de la imputación son de derecho necesario. Hay que tener en cuenta que las innovaciones que aporta, van a pasar casi íntegramente al CC.

Las innovaciones que introduce son las siguientes: Extender la colación a todos los herederos forzosos, sujetar a colación todas las donaciones sin distinción de simples o causales, practicar la colación únicamente por imputación y establecer la valoración de los bienes donados al momento de la donación.⁴³

Del instituto de la colación se ha dicho que, por su dificultad, se define como “la metafísica legal de las sucesiones”,⁴⁴ pero también que su aparición en el Derecho moderno se basa en sus antecedentes históricos desde el Derecho romano hasta las Leyes de Toro y acoge, sólo parcialmente, disposiciones del Proyecto de CC de 1851, el cual ya distinguía entre la colación, la computación y la imputación a la legítima.⁴⁵

Aunque en el Proyecto de 1851 hay una serie de incorrecciones, confusiones conceptuales y terminológicas que se sienten también, incluso más acusadamente, en nuestro CC, este representa incluso un paso atrás con respecto a la regulación que establecía el proyecto, probablemente por influencia de los códigos francés e italiano de 1865.⁴⁶

La palabra colación es usada por el CC de forma imprecisa, no unívoca. Tiene dos significados, un sentido general y uno especial o estricto. En el primer sentido, la palabra colacionar se emplea para expresar la agregación contable o numérica, reunión ficticia...de todas las donaciones hechas en vida del causante al caudal relicto para fijar con exactitud el valor de las legítimas y determinar la inoficiosidad o no de las donaciones y, en su caso, de los legados. Esta operación más que colación es computación, operación necesaria y sujeta a normas imperativas. En el sentido estricto se habla de colación para la agregación que ha de hacer el heredero forzoso de las liberalidades recibidas del causante, en el caso de que

⁴³ *Ibid. Ibidem.*, pp. 105-106.

⁴⁴ ROCA, J. (1980). *Derecho y proceso: estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*, *op. cit.*, pp. 4-13.

⁴⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho sucesorio*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1982, p. 5 y ss.; DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, p. 32 y ss.

⁴⁶ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, pp. 107-108.

concurra a la herencia con otro u otros herederos forzosos. Esta figura es de derecho voluntario.⁴⁷

Es precisa esta distinción porque el CC confunde la colación con la computación o reunión ficticia y la implica con la imputación y la reducción. Pero hemos de resaltar que “el fin de la colación no es la defensa de las legítimas, ni siquiera conseguir la igualdad entre los herederos forzosos aun cuando el causante les hubiera desigualado con legados, mejoras o dispensas. El término igualados que utiliza el art. 1.048 no significa igualdad absoluta y cuantitativa o aritmética, sino igualdad relativa, proporcional, cualitativa”.⁴⁸

El sentido del art. 818.2 del CC aunque utiliza el término “donaciones colacionables”, en realidad está hablando de computación y no de colación, es decir, la reunión ficticia de *donatum y relictum*, a fin de averiguar la cuantía de la legítima individual. “Una vez hecho esto, para calcular si un legitimario ha percibido lo que corresponde en calidad de tal, se cuentan no sólo las liberalidades testamentarias, sino las *inter vivos*”...Luego viene, si así resulta de la imputación, la reducción del exceso inoficioso⁴⁹.

Por otra parte el alcance de la reducción implica devolución a la masa del exceso inoficioso, mientras que la colación no supone devolución alguna, sino una mera aportación contable.

Las ideas romanas de colación están latentes en las tesis elaboradas en torno a su naturaleza y fundamento⁵⁰, predominando la de que la colación se funda en la presunta voluntad del causante de igualar a todos los legitimarios⁵¹. Es pues, una teoría que sigue la inspiración romanista. Entre sus seguidores se agrupan autores de tendencias diferentes. La presunción es referida al mantenimiento de la igualdad entre los herederos, o a entender, según otros, que cuando el causante donó al descendiente, verifica un anticipo a cuenta de la herencia.

La tesis no es válida para nuestro derecho, pues es la colación una norma de derecho dispositivo y no tiene carácter presuntivo; la colación es impuesta sin tener en cuenta la voluntad del causante, ya que esta sólo interviene para la dispensa de la colación, y aquí no hay presunción sino voluntad expresa. Por otra parte, esta teoría no responde a la cuestión que plantea una posible renuncia del donatario a la herencia, acto con el cual desaparecería el deber de colacionar; además, con arreglo a esta teoría, tienen mala justificación las

⁴⁷ GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., “La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria”, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* / coord. por Óscar Monje Balmaseda; Francisco Lledó Yagüe (dir.), María Pilar Ferrer Vanrell (dir.), José Ángel Torres Lana (dir.), Vol. 2, 2014, pp. 1223-125.

⁴⁸ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, p.126.

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de sucesiones, parte general*, *op. cit.*, p. 567.

⁵⁰ GUARINO, A., *Collatio bonorum*, *op. cit.*, p. 23 y ss.

⁵¹ ROCA, J., *Derecho y proceso: estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*, *op. cit.*, p. 8.

donaciones hechas a los nietos y sobre todo la dispensa de colación,⁵² pues como señala el TS, “a diferencia de lo que ocurre con las normas sobre imputación legitimaria, que son imperativas con la finalidad de proteger al legitimario, las normas sobre colación son voluntarias, participando de la naturaleza de la institución de heredero, de modo que si el testador puede hacer la institución de la forma que considere más conveniente, también resulta voluntaria la fijación de normas sobre colación o no de los bienes donados, sobre determinada valoración, distinta de la establecida en el CC o cualquier norma sobre institución de heredero que el testador crea conveniente en relación a los intereses buscados. Todo ello sin perjuicio de las legítimas que correspondan”⁵³.

La dispensa de colación del art. 1036 CC no supone que las donaciones no hayan de tenerse en cuenta a efectos de computación del art. 818.2 CC para determinar si son o no inoficiosas (art. 813 CC), si bien una vez comprobado que no son inoficiosas, no se consideran como anticipo ya recibido por el legitimario dispensado de colación (STS 21 abril 1990,[RJ 1990, 2762], y 21 abril 1997 [RJ 1997, 3248])⁵⁴.

Estas teorías son acertadas, pero sólo en parte, y exponen motivos que fueron tenidos en cuenta por el legislador al regular la colación. Pero realmente, sirven para poner de relieve el *iter* legislativo de las normas de colación, pero no valen para explicar cada una de sus diversas aplicaciones. Todas ellas, unas de una forma más próxima que otras, ponen en claro los principios que laten en el planteamiento de la regulación de la colación, la estructura funcional, el juego dispositivo, etc. que se plantean en el campo de la computación, de la imputación y de la reducción, o en el de la libertad para desigualar a los herederos forzosos (aquí choca con la realidad, pues es institución que opera, incluso, cuando es clara la voluntad de desigualar a los herederos forzosos atribuyéndoles cuotas diferentes), pero no sirven para apoyar un fundamento técnico que responda a la adaptación a la variedad de situaciones que ofrece la concreta regulación positiva.

Por lo tanto el fundamento inmediato de la colación, señala LLEDÓ YAGUE, “no es la voluntad del causante sino la norma objetiva, aunque el fundamento mediato de la norma sí es la supuesta voluntad del causante”. Indica la STS de 19 julio 1982 (RJ 1982, 4256), que “la colación implica una ordenación típica basada en criterios de equidad tendentes a evitar desigualdades en la distribución de la herencia, en tanto el causante no dispense de ella, dejando a salvo el régimen de legítimas”.

⁵² DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, p. 158-164

⁵³ STS, 10 diciembre 2009, (RJ 2010, 279).

⁵⁴ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria”, *op. cit.*, pp. 1223-1251.

Por ello hay que buscar su fundamento en el propio juego de la norma dispositiva que la establece, colocando la colación en su verdadero ámbito y significado: como una modificación en la formación de las cuotas sucesorias, que se produce cuando hay herederos forzosos y alguno de ellos ha recibido donaciones del causante. No limita sus facultades de disponer, puesto que cabe la dispensa de colación, y por otra parte, no defiende a los herederos de una extralimitación en su ejercicio, para lo cual existen otras instituciones. Establece, pues, un comportamiento ideal resultado de su evolución histórica y que se puede derogar por la dispensa, no produciendo otros efectos que los que se desarrollan dentro del marco propio de la colación.⁵⁵

Podemos pues concluir, que la colación es consecuencia de la sucesión, uno de sus efectos, porque el valor colacionable que se trae a la masa hereditaria, en virtud del art. 1035 CC, no pertenece, en ese momento, al patrimonio del causante, sino que simplemente es un caudal partible y del cual el heredero se puede apartar mediante renuncia a la misma. Esto produce como consecuencia el que los herederos no tienen, en el valor colacionable, una cuota según la regla *concurso partes fiunt*, sino una cuota *per relationem* con su cuota hereditaria (sin heredero renunciase a la participación en la colación de otro, no se acrecentaría la parte de los demás, porque no hay concurso, sino que disminuye el valor colacionable de esa cuota). Además la situación que crean las disposiciones del art. 1035 CC crea en favor del heredero forzoso el derecho a exigir la colación del coheredero favorecido en vida por el causante, derecho que es individual y privativo, ejercitable en su propio interés y no en el interés de toda la sucesión.

VI. CONCLUSIONES

El estudio de la colación, importantísimo en nuestro derecho sucesorio, explica su presencia en el mismo por la evolución histórica de la sociedad desde los tiempos más primitivos de la República romana hasta nuestros días.

No se puede explicar el nacimiento y la evolución del instituto de la colación, y en general de todo el Derecho sucesorio, sin tener en cuenta la constitución de la familia romana y su especial configuración así como su evolución política, económica y social a través de las distintas etapas de la República, el Principado, el Imperio, el período Justiniano, el período de las invasiones y asentamiento germánicos, el alto medieval, la baja edad media, el período liberal y finalmente la etapa de la codificación especialmente con el proyecto de 1851 y el CC.

⁵⁵ DE LOS MOZOS, J.L., “La colación”, *op. cit.*, pp. 166-167.

Hemos observado la evolución de la familia agnaticia hacia la familia cognaticia y la consecuente concesión, por edicto del pretor, de la *bonorum possessio*. El *ius honorarium* subsana las deficiencias del *ius civile*, basándose en los principios de la familia natural que ponían los vínculos cognaticios por encima de los agnaticios, basándose en la *aequitas* y al mismo tiempo limita la potestad irrestricta del paterfamilias a constituir heredero con arreglo sólo a su voluntad.

Pero ello ocasiona, a su vez, que se provoquen situaciones de injusticia y falta de *aequitas* hacia los *fili in potestatem* que la *bonorum possessio* ocasionaba, pues aunque los *emancipati* habían perdido el carácter de *sui heredes*, sin embargo podían adquirir para sí y además acudir al pretor solicitando la *bonorum possessio*. Frente a esta situación y en aras de la equidad y como modo de protegerlos, surge la *collatio bonorum*.

La *collatio dotis* impone las mismas obligaciones a la hija casada, de colacionar la dote profecticia.

Hemos examinado, luego, como en el Derecho postclásico se impone que los descendientes que suceden *ab intestato* o *contra tabulas* debían colacionar la dote y la *donatio ante nuptias*, extendiendo Justiniano la obligación de colacionar cualquier donación hecha por el ascendiente al descendiente y también en la sucesión testamentaria.

A la vista de los resultados, el empeño, se ve que no es fácil, dado que los conflictos sucesorios enfrentan a muchas familias.

El instituto de la colación no contribuye a un resultado pacífico de esas relaciones. El estudio del mismo pone de manifiesto, debido a la complejidad del mismo, que su presencia en nuestro Derecho moderno exige un esfuerzo serio de interpretación, -metafísica legal de las sucesiones- como ha sido definido por alguno, y su relación con la institución de las legítimas con sus operaciones de computación, imputación y reducción, contribuye a un gran desconocimiento por los posibles afectados. A mi juicio, la tan pretendida libertad de testar, -que en realidad está importantemente coartada por la institución de las legítimas-, es culpable en gran manera de esos problemas.

Su presencia en nuestro Derecho sucesorio se explica por la evolución histórica y, nuestro trabajo ha consistido en tratar de establecer una línea clara desde su nacimiento en el Derecho romano hasta el momento actual. Ese cordón umbilical desde su nacimiento en Roma, a pesar de rupturas, agregados indeseables y olvidos o confusiones, se ha mantenido y tiene presencia en nuestro CC a pesar del confusionismo con que lo tratan algunos.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE POSADILLA, J., *Comentarios a las leyes de Toro según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas, arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*. Cuarta Impresión, Madrid, 1983.

BERNARD MAINAR, R., *De la legítima romana a la reserva familiar germánica*. *Revista Internacional de derecho romano*, UCAB, 2008.

BETANCOURT, F., *Derecho Romano clásico*, 3ª ed., Sevilla, 2007.

BLANCH NOUGUÉS, J.M., *La filiación en el pensamiento jurídico romano: veritati locum superfore*, Proyecto de investigación de la Comunidad de Madrid, RDGR N° 3, IUSTEL, 2004.

CABALLÉ MARTORELL, A., *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*, UOC Edit., 2002.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho español común y foral*. T. VI. 10ª ed. , Ed. Reus, Madrid, 2010.

D'ORS, A., *Elementos de derecho privado romano*, EUNSA, Pamplona, 2014.

DAZA MARTÍNEZ, J., “Collatio Dotis”. *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, N° 8, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, parte general*, Valladolid, 1955.

DE LLAMAS Y MOLINA, S., *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, T. I, Madrid, 1827.

DE LOS MOZOS, J.L., *La colación*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1965.

ELLUL, J., *Historia de las Instituciones de la Antigüedad*, Aguilar, Madrid, 1970.

FALCÓN Y TELLA, M.J., *Equidad, Derecho y Justicia*, ed. Ramón Areces, Madrid, 2005.

GAGO SIMARRO, C., *Cómputo de donaciones y colación*, 2016.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “La colación: el problema de la valoración de los bienes colacionables y su influencia en la partición hereditaria”, en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* / coord. por Óscar Monje Balmaseda; Francisco Lledó Yagüe (dir.), María Pilar Ferrer Vanrell (dir.), José Ángel Torres Lana (dir.), Vol. 2, 2014.

GUARINO, A.

- *Collatio bonorum*, Roma, 1937.

- *Le collazioni ereditarie*, Nápoles, 1944.

- “Sul modo di attuazione della « collatio emancipati””, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Roma, 1938.

LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de sucesiones, parte general*, Barcelona, 1961.

LÓPEZ HERRERA, F., *Derecho de sucesiones*, UCAB, 4ª ed. Caracas, 2008.

MARGADANT, G., *Panorama de los sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM, México, 1997.

MORINAEAU, M., *Bases históricas de la familia romano-canónica*, UNAM, México, 2006.

- ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, P. Cultural Malagueña, Málaga, 1999.
- PACHECO, J. F., *Comentario histórico, crítico y jurídico á las Leyes de Toro*, Imprenta y Fundación de M. Tello, Tomo I, Madrid, 1862.
- ROBLES VELASCO, L.M., *Aequitas y sus relaciones con la Equity*, Revista Internacional de Derecho Romano, Granada, 2013.
- ROCA JUAN, J., *Derecho y proceso: estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*, Universidad de Murcia, 1980.
- RODRÍGUEZ MONTERO, R.P., “Usos sociales y regulación jurídica de la capacidad patrimonial de los filii familias”. *Anuario da Facultade de Dereito*, Universidade da Coruña, 1998.
- SCHULTZ, F., *Principios de Derecho Romano*, 2ª Ed., Civitas, Madrid, 2000.
- USCATESCU BARRÓN, J., *Cuadernos de filología clásica. Estudios latinos* N° 5, Ed. Complutense, Madrid, 1993.
- VALLET DE GOYTISOLO, J., *Estudios de Derecho sucesorio*, Anuario de Derecho Civil, Madrid, 1982.
- VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1986.

DIREITOS DA PERSONALIDADE POST MORTEM: UMA REFLEXÃO PARA ALÉM DA VIDA

Post Mortem Personality Rights: A Reflection Beyond Life

Zulmar Fachin¹

Universidade Federal do Paraná

Email: zulmarfachin@uol.com.br

Natália Jorge Almeida Oliveira Gomes²

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Email: nataliajaogomes@gmail.com

RESUMO: O presente estudo, tem por escopo e finalidade, refletir, analisar e ponderar acerca dos direitos da personalidade após a morte. Em tempos de era digital, em que os avanços tecnológicos propiciam mudanças pontuais na vida de todos nós, se faz necessário um estudo atinente aos desdobramentos que tais avanços culminam, sobretudo nos temas correlatos à morte. A pesquisa justifica-se a partir de um estudo pautado em um caso recente de perpetuação da imagem de pessoa falecida através do uso de inteligência artificial (IA). No transcurso do trabalho, dissecam-se tópicos inerentes à temática, como o ancoramento do princípio da dignidade da pessoa humana; direito à imagem; tutela jurídica dos direitos do falecido; legitimidade de ação e proteção jurídica. Nessa linha de pensamento busca-se sondar a possibilidade ou não da extensão dos direitos da personalidade após a morte e se esta for, uma conjectura verossímil, é imprescindível demonstrar as consequências e o balizamento que a doutrina, bem como o ordenamento jurídico fornece para tal situação peculiar. Em suma, a sociedade hodierna está cada vez mais complexa e o direito e suas vicissitudes oriundas desse arcabouço social requer lapidação, visando assim, a busca incessante pela construção de um Direito apascentador, que guia e norteia a coletividade e seus cidadãos em suas demandas, assegurando aos mesmos o exercício pleno de seus direitos intrínsecos ao ser humano.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; direitos da personalidade; direitos *post mortem*; tutela jurídica; direito digital.

ABSTRACT: The scope and purpose of this study is to reflect, analyze and consider personality rights after death. In times of the digital age, in which technological advances bring about specific changes in the lives of all of us, it is necessary to study the developments that such advances culminate in, especially in themes related to death. The research is justified by a study based on a recent case of perpetuating the image of a deceased person through the use of artificial intelligence (AI). In the course of the work, topics inherent to the theme are dissected, such as the anchoring of the principle of human dignity; right to image; legal protection of the rights of the deceased; legitimacy of action and legal protection. In this line of thought, we seek to probe the possibility or not of the extension of personality rights after death and if this is a credible conjecture, it is essential to demonstrate the consequences and guidance that the doctrine, as well as the legal system, provides for this. peculiar situation. In short, today's society is increasingly complex and the law and its vicissitudes arising from this social framework require polishing, thus aiming at the incessant search for the construction of a shepherding Law, which guides and guides the community and its citizens in their demands, ensuring them the full exercise of their intrinsic human rights.

Keywords: human dignity; personality rights; *post-mortem* rights; legal protection; digital law.

¹ Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciência Política (UEL). Professor na UEL e no Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade Cesumar - UNICESUMAR. Coordenador e Professor no Programa de Mestrado Profissional em "Direito, Sociedade e Tecnologias" da Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Presidente do IDCC - Instituto de Direito Constitucional e Cidadania. Advogado. Autor de livros. Pesquisador do ICETI. zulmarfachin@uol.com.br.

² Especialista em Direito Processual Civil e Argumentação Jurídica (PUCMG). Facilitadora em Justiça Restaurativa e Conciliadora Judicial (JUSTIÇA FEDERAL DE UBERABA/MG). Graduada em Direito (UNIUBE). Advogada. nataliajaogomes@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O ser humano tem uma única certeza absoluta ao longo de sua jornada de vida: a morte. Como diria José Saramago (1922-2010): “*dentro de nós há uma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos*”.³ E será que o que “somos” perdura após a partida?

Reflexões como a supracitada ensejam o presente estudo, que tem por escopo demonstrar as questões atinentes aos direitos da personalidade após a morte, ou seja, abordar direitos correlatos ao morto, soberanamente, o princípio da dignidade humana estabelecido na Carta Magna, o qual é marco jurídico basilar dos direitos da personalidade. Objetiva-se ainda, analisar e investigar a possibilidade da extensão dos direitos da personalidade após a morte, bem como esmiuçar medidas protetivas de danos decorrentes da efetivação do ato supracitado. Busca-se ainda, identificar de modo salutar como salvaguardar a tutela jurídica dos direitos da personalidade póstumos.

Nesse ínterim, percebe-se que a morte, assim como a vida, também necessita de limitações, sobretudo a morte virtual. Diversos são os questionamentos que surgem e a pesquisa justifica-se por elucidar precipuamente os limites e as fundamentações jurídicas para a proteção dos direitos do morto, sendo corolário da lacuna existente na seara acadêmica e legislativa nacional acerca de uma posição consolidada e uníssona sobre a temática. Postula-se que tal proteção, se faz em razão de assegurar respeito, preservação e dignidade à memória e lembrança do *de cuius*.

No percurso da pesquisa, mediante o método dedutivo, desenvolveram-se as temáticas da presença da pessoa falecida no contexto social e digital; dos conceitos de direitos personalíssimos; da análise da proteção mais relevante; a possibilidade da sobrevivência dos direitos da personalidade; da análise da tutela dos direitos póstumos; da seara digital e seu arcabouço permeável e sensível ao tema de estudo; o trabalho se encerra com análise de um caso prático brasileiro e de pretensos danos póstumos, buscando desenvolver um norte argumentativo/valorativo que possibilite a avaliação *in locu* da situação, particularmente quanto às pessoas legitimadas, ao tempo de proteção e a existência de uma lesão a ser sanada.

Importante frisar, em tela de análise, que a pesquisa suscita ainda, a relação do direito a honra e a intimidade post mortem com a herança digital, tracejando as limitações e progressos do direito brasileiro na regulamentação do tema, bem como a possibilidade de gestão de conflitos com a conseqüente desjudicialização do tratamento dos conflitos.

A conclusão que se obtém é que o morto é um alvo justificatório para incidência de direitos e deveres, de forma que as ações lesivas à sua construção biográfica, transfiguram-se

³ SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

em danos póstumos, carecendo assim, de uma devolutiva do ordenamento pátrio, que resguarde seu legado. Os danos póstumos são uma violação à imagem construída socialmente pelo indivíduo e sendo assim, é de esfera de proteção de toda a coletividade.

1. DIREITOS DA PERSONALIDADE: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O aporte histórico dos direitos da personalidade surgiu em 1895, quando, de acordo com Marcos de Campos Ludwig⁴, o jurista alemão Otto von Gierke cunhou de modo pioneiro a expressão “direito geral da personalidade” e o conceituou da seguinte forma:

Chamamos direito da personalidade aquele que garante a seu sujeito o domínio sobre um setor da própria esfera de personalidade [...]. Os direitos da personalidade são diferentes, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste numa reivindicação geral, garantida pelo ordenamento jurídico, de contar como pessoa. O direito da personalidade é um direito subjetivo que deve ser respeitado por todos.

Na literatura jurídica específica, os direitos personalíssimos são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, possuindo caráter de direitos inatos, não tendo como característica a faculdade da disposição. Possuem como escopo primordial o resguardo do princípio basilar da dignidade da pessoa humana (no caso brasileiro, art. 1º, III, CF/88).

De modo delineativo, os direitos da personalidade são aqueles que têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana e constituem-se como alicerce para o exercício de uma vida digna. Constituem direitos da personalidade: a vida, a honra, a imagem, os dados genéticos e todas as suas feições que transmutam a personalidade ao mundo.

A partir da promulgação da Constituição da República de 1988, podemos afirmar que houve um processo de redefinição dos fundamentos do Estado. Frente a isto, os direitos fundamentais ganharam notoriedade, sobretudo, o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, positivado no art. 1º, III, da Constituição. E foi justamente nele que se concentrou todas as possibilidades de construção de defesa e proteção da pessoa humana.

Nesse cenário, o Direito foi condicionado a efetivar a tutela reclamada pela pessoa humana no exercício de seus direitos e garantias. Cabe, aqui, uma diferenciação elementar entre a classificação desses direitos. Enquanto os direitos da personalidade referem-se apenas aos aspectos da pessoa considerada em si mesma, os direitos fundamentais e os direitos humanos abrangem outros direitos essenciais ao homem, enquanto ser político e social.

Nas palavras de J.J. Gomes Canotilho há uma restrição quanto à correlação entre “direitos da personalidade” face aos “direitos fundamentais”, tanto que assegura que muitos

⁴ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Rio Grande do Sul, v. 19, p. 237-263, mar. 2001.

direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade (CANOTILHO, 2003, p.396)⁵.

Insta citarmos um conceito para a terminologia “princípio” para elucidar a melhor compreensão do estudo. Assim, nas palavras de Miguel Reale⁶, os “princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais”, os quais se configuram como alicerce garantidor da efetivação de uma gama de preceitos e premissas que norteiam o sistema social.

1.1 Direitos da personalidade: consectário do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Agora acerca da temática dignidade humana, não podemos construir um conceito axiológico do que seja propriamente, pois correríamos o risco de incorrer no não reconhecimento de todos como seres capazes e iguais de direitos.

Como introito norteador, a dignidade da pessoa humana possui assento constitucional no Estado Democrático de Direito, sendo a cidadania encontrada no art. 1º, II, CF/88, e a dignidade humana no art. 1º, III, do mesmo diploma. Possui aplicação tão somente em um contexto de liberdade e igualdade, pois se trata de um procedimento garantidor dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet⁷ compreende-se como dignidade da pessoa humana:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimos para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Frente isso, podemos trazer em tela de análise a fundamentação basilar da dignidade humana, que escora esse arcabouço valorativo conferindo-lhe força axiológica. Desta forma, seguindo a linha de pensamento de Immanuel Kant⁸: “autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”.

Hodiernamente insta frisar que a personalidade humana, mesmo dotada de autonomia, foi sendo instrumentalizada a partir da frieza dos ordenamentos em analisar e normatizar as vicissitudes humanas deste milênio. Contudo, partindo-se do pensamento

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003

⁶ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva. 2002, p. 60.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.ed. ver. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 32

⁸KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997. p. 79.

Kantiano, podemos inferir que o ser humano em si possui plena autonomia, isso nos leva a descaracterizar esse aspecto de robustez instrumental e propiciar um olhar a partir da óptica humana pura. Para Kant⁹ “Só o homem não existe em função de outro e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo”. Em suma, o homem caracteriza-se como um fim em si mesmo e sendo assim, possui um valor absoluto, sendo vedada assim, quaisquer práticas que instrumentalizem o seu ser em si, pois em “*prima ratio*” o ser humano exala a dignidade que lhe é intrínseca, ou seja, se perfaz como pessoa.

É salutar afirmar que a dignidade humana é valor intangível, sendo função do Estado defendê-la e respeitá-la. De forma sucinta, o ser humano é digno porque esta condição lhe pertence, e tal condição independe de situação social ou quaisquer outras características diferenciadoras. Logo, pode-se concluir que a dignidade é inata ao ser humano, nascendo com o mesmo e devendo ser em sua essência protegida.

Notório é que a dignidade se expande ou se retrai conforme o ser humano convive e frente a isso o Estado precisa limitar esse movimento garantindo pleno gozo da dignidade desde que o exercício da mesma não acarrete na violação de direitos de outrem. Em suma, a dignidade é um supraprincípio constitucional conferido aos seres racionais dotados de psique e que de acordo com o pensamento de Kant são por isso “pessoas humanas” e não apenas seres. E sendo um supraprincípio, deve ser observado em todo e qualquer ato de criação ou aplicabilidade de normas jurídicas.

Nessa tela de análise, Kant nos traz a melhor óptica sobre a temática ao citar concomitantemente os aspectos de axiologia, autonomia, moralidade, e racionalidade como fundamentos basilares da dignidade humana. Vale citar, o pensamento de Hegel, que contraria a visão majoritária sobre a temática e sobretudo sobre Kant, ao afirmar que a dignidade seria concebida apenas ao cidadão, ou seja, ele vincula a dignidade humana ao exercício da capacidade jurídica de cada pessoa. Contudo, mantém-se a dignidade como valor fundamental pleno dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Trazendo um aporte histórico breve, podemos salientar a citação da dignidade humana no documento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da ONU, encontrando respaldo nos princípios dos direitos fundamentais da pessoa humana.

O art. 5º, *caput*, do Texto Constitucional Brasileiro, traz em seu bojo a seguinte afirmação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade privada”.

⁹ KANT, Immanuel. Ibidem. p.68.

Desta forma, fica nítido depreender que o legislador erigiu os valores da liberdade, igualdade e dignidade à categoria de princípios constitucionais. Frisa-se, aqui, que a dignidade humana possui tutela tanto na esfera pública, quanto na privada. Trata-se de direito personalíssimo, e, como tal, é absoluto, necessário, vitalício, intransmissível, irrenunciável, extrapatrimonial, imprescritível e impenhorável.

Dentro da classificação dos direitos e garantias fundamentais, temos a seguinte divisão: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direito políticos e direitos dos partidos políticos. Frente a isso, a dignidade da pessoa humana, se enquadra dentro da primeira categoria, sendo assim, nas palavras de Nathalia Masson¹⁰, os direitos e deveres individuais e coletivos se perfazem como:

(...) aqueles destinados à proteção não só dos indivíduos (direitos individuais), mas também dos diferentes grupos sociais (coletivos); estão estritamente vinculados ao conceito de pessoa humana e da sua própria personalidade (a vida, a liberdade, a honra, a dignidade).

Nesse diapasão, por derradeiro temos o princípio da dignidade da pessoa humana como um princípio revestido de status de garantia constitucional. Sendo assim, podemos asseverar que o mesmo goza de conjuntura fundamental, possuindo como escopo precípua a defesa de direitos perante violações individuais.

Nesse sentido, podemos inferir que a dignidade da pessoa humana se perfaz como um mínimo existencial subjetivo, que assegura a qualidade de ser humano enquanto pessoa e não somente um indivíduo pertencente à sociedade. E a vida em si se constitui em um caleidoscópio de diversidades e complexidades, no qual se desenvolve a personalidade de cada pessoa e precipuamente a sua dignidade.

Por derradeiro, a dignidade da pessoa humana é o alicerce do instituto da personalidade no Código Civil Brasileiro, conforme cita o autor, Francisco Amaral¹¹ no trecho:

O direito brasileiro segue a linha do direito alemão, considerando a dignidade da pessoa humana como princípio que positiva o valor fundamental da ordem jurídica, que é a pessoa humana, no qual se baseiam os direitos subjetivos fundamentais expressos na Constituição da República e os direitos da personalidade do Código Civil.

2. PROTEÇÃO DA IMAGEM E DE PESSOAS MORTAS

A constituição federal de 1988¹² traz em seu artigo 5º, x, que: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

¹⁰ MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4ªed. Salvador: JusPODIVM,2016, p.215.

¹¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil : Introdução*. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.7.

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar.2024.

Nesse sentido, pode-se depreender que o direito à imagem está encontra sua proteção no arcabouço constitucional e em nosso ordenamento jurídico, tal direito é um instrumento diferenciador do indivíduo perante a coletividade, lhe concedendo características que o personalizam. Fazendo um adendo, essa asseguarção de direitos estende-se ainda às pessoas jurídicas.

Esmiuçando o tema, Maria Helena Diniz¹³ aborda que a imagem pode ser: “classificada em imagem-retrato – reprodução corpórea da imagem, representada pela fisionomia de alguém; e imagem-atributo: soma de qualificações de alguém ou repercussão social da imagem”. Destarte, a extensão do conceito e sua primazia no atual contexto digital.

Nessa mesma linha de pensamento, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹⁴ afirmam que a imagem possui uma trilogia conceitual. A imagem-retrato refere-se às características fisionômicas do titular, tanto no aspecto estático (fotografia, pintura, caricatura) quanto no dinâmico (filme, animação). Já a imagem-atributo é conjunto de características da identificação social de uma pessoa. E, por fim, a imagem-voz é a identificação de uma pessoa por seu timbre de voz.

Hodiernamente, mais da metade dos brasileiros possuem acesso à internet. Fica nítido perceber que a influência da cultura cibernética e a velocidade da circulação de dados potencializam os riscos de violação ao direito de imagem.

2.1 Natureza jurídica do morto

A investigação do ordenamento e da doutrina, releva que por muito tempo a natureza jurídica do cadáver era de “coisa nula”. Com as mudanças sociais e o passar do tempo, ocorreu a disruptura de tal entendimento por estar em contrariedade com as vicissitudes da sociedade. Desta forma, identificou-se que o cadáver, mediante terceiros(herdeiros) tinha o direito de defesa quanto à sua memória, encontrando respaldo inclusive na legislação.

Nesse sentido, Elimar Szaniawski citando Borrel-Maciá¹⁵, leciona:

Assim como se transfere o patrimônio do de cujus para os herdeiros, bem como todos os direitos e obrigações, menos as personalíssimas, são estes herdeiros os continuadores da personalidade do morto, adquirindo os direitos sobre o corpo, podendo sepulta-lo ou destina-lo para fins de estudo e pesquisas científicas, ou ainda doar parte deste corpo para aproveitamento através do transplante de órgãos para outros corpos de pessoas vivas. Nesse sentido Szaniawski entende que o corpo humano sem vida tem a natureza jurídica de propriedade, pois os direitos da personalidade do falecido são transferidos para os seus familiares Borrel-Maciá apud SZANIAWSKI, Elimar.

¹³ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB. 14. ed. Salvador: Juspodivm. p.248

¹⁵ Direitos de Personalidade e sua Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 304

Isto posto, quanto às pretensas violações, a autora Maria de Fátima Freire de Sá, expõe:

A situação jurídica, portanto, pode contemplar violação de deveres institucionais, independentemente da existência de personalidade e de direitos correlatos. O morto não tem personalidade, não é detentor de direitos, não se insere em uma relação jurídica intersubjetiva, inobstante a imputação de responsabilidade àquele que infringiu uma esfera de não-liberdade.

Ainda nessa linha argumentativa, afirmam Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias¹⁶ que, quando a ofensa é dirigida diretamente a uma pessoa falecida, não produz qualquer efeito jurídico, na medida em que o morto não mais ostenta personalidade jurídica.

Em suma, em caso de falecimento do titular dos direitos da personalidade, termina a existência da pessoa natural (art. 6º, Código Civil), e, por conseguinte, não haverá mais personalidade.

2.2. Dano moral reflexo

A doutrina tradicional estabeleceu que os direitos da personalidade seriam direitos subjetivos, ou seja, intrínsecos às relações jurídicas intersubjetivas, na prerrogativa de sujeito ativo, o possuidor do direito, e sujeitos passivos determinados ou não, com o dever de se absterem de quaisquer atos lesivos à dignidade da pessoa.

Contudo, como pensar na atribuição de direitos subjetivos ao morto? Poderia ser ventilada a ideia de lesão à imagem, justificando-se assim, a sua tutela jurídica?

Nessa seara de pensamento, a teoria clássica da relação jurídica busca explicar a situação do morto por meio de um de quatro argumentos: a) não haveria um direito da personalidade do morto, mas um direito da família, atingida pela ofensa à memória de seu falecido membro; b) há tão somente reflexos *post mortem* dos direitos da personalidade, embora aqui a personalidade não exista de fato; c) os direitos da personalidade, que antes estavam titularizados na pessoa, com a sua morte passam à titularidade coletiva, em face de um interesse público no impedimento e defesa de ofensas a aspectos que, ainda que não sejam subjetivos, guarnecem a própria noção de ordem pública; e, por fim, d) com a morte, transmitir-se-ia a legitimação processual, de medidas de proteção e preservação, para a família do defunto.

Frente isso, pode-se aferir que a família do de cujus seria vítima em razão de ofensa à memória do morto. Contudo, não há que se concordar com o surgimento de um novo direito porque se encontra despido de qualquer conteúdo, criado, puramente, para satisfazer à fundamentação da tutela jurídica.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB. 14. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p.210.

Por derradeiro, em que pese vislumbrar a hipótese de existência de reflexos de direitos da personalidade, frisando-se que embora personalidade já não mais exista, pressupõe-se que pode haver consequência sem liame de causa. Seria a criação então, de uma nova categoria de reflexos de direitos sem direitos ou, ainda, "reflexos de direitos despersonalizados".

3. SOBREVIDA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Precipualemente, a personalidade é uma característica atribuída pelo direito às pessoas naturais e coletivas. Entende-se que, embora o Código Civil de 2002 tenha disciplinado que: "Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.", os direitos da personalidade foram criados em sua essência para proteção dos seres humanos, contudo, podem ser estendidas às pessoas jurídicas algumas proteções semelhantes às concedidas às pessoas naturais pelos direitos da personalidade, a exemplo da proteção do nome, da imagem e da honra.

Insta citar que há o entendimento do STJ, no sentido reiterado de que os direitos da personalidade são intransmissíveis, mas que ainda assim, a proteção à imagem e à honra do falecido pode ser demandada por seus familiares.

Deste modo, admite-se a existência de um interesse legítimo da família e, portanto, de migração da legitimidade. Todavia, direito subjetivo não há, esse extingue-se com a morte. Resta-se apenas um interesse, cuja legitimação processual pertence a certas pessoas. No tocante a esfera dos dados pessoais da pessoa falecida, temos a lição de Miguel Reale¹⁷, que dispõe:

Em relação aos dados pessoais, por exemplo, direito realmente não há. Não há que se confundir direito subjetivo e interesse legítimo. O primeiro se traduz em um poder de atuação, guarnecido por diversas faculdades e por pretensão. Já o segundo, é uma situação que só pode ser reclamada judicialmente, pois não se concede um espaço de atuação extrajudicial, mas tão somente "uma pretensão razoável cuja procedência ou não só pode resultar do desenvolvimento do processo.

Assim, a pretensão da *legitimatío ad causam* é transmitida aos parentes. Ou seja, o direito de ação é transferido a pessoas específicas. Desta forma, a problemática dos "direitos da personalidade do morto" resumir-se-ia a um cenário de tutela processual. No entanto, a legitimidade processual tem existência própria e dispare do direito material. Além do mais, há interesses e expectativas de direitos que podem proporcionar a alguém a atuação processual. Como é o caso referenciado aos legitimados pelo parágrafo único do art. 20 do

¹⁷ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 263.

Código Civil¹⁸, que dispõe: “Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes”.

Por fim, salienta-se a crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade, abordada pelos autores Bruno Naves e Maria Freire de Sá¹⁹, que explicitam:

À família não são transferidos “direitos da personalidade”, mas é-lhe atribuída uma esfera de liberdade processual na defesa da não-infração de deveres que se refiram à “figura” do morto. Logo, o que se tem é tão somente o deferimento de uma legitimidade processual na defesa dessa situação jurídica de dever, na qual o morto se insere, em face do juízo de reprovabilidade objetivada normativamente.

Em suma, a tese da sobrevida dos direitos da personalidade, justifica-se desde que analisada sob o crivo da intransmissibilidade dos direitos da persona falecida e sob a égide da legitimidade processual de pretense interesse correlato ao morto.

4. PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DO FALECIDO

Dentro do campo normativo de aplicabilidade dos direitos fundamentais objetiva-se a prevalência de sua eficácia, de modo a garantir aos indivíduos a concretização deles. O que vigora de forma massiva é a eficácia vertical, existente na relação entre o Estado e o cidadão, que deve ser protegido dos abusos daquele, tanto que se espera uma conduta omissiva do ente estatal diante dos direitos fundamentais de primeira geração.

De outra esfera, importante destacar, a conduta comissiva do Estado para a efetivação das demais gerações dos direitos fundamentais. De forma recorrente tem-se admitido sua eficácia horizontal, objetivando assegurar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para que não haja ofensas a estes postulados por quaisquer das partes, exigindo-se delas a observância irrestrita destes direitos.

Insta salientar, que são titulares dos direitos fundamentais os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil (CR, art. 5º, caput). A pessoa jurídica, com certas reservas, também é titular de alguns direitos fundamentais, dentre eles o direito à honra, tanto que pode sofrer dano moral (Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça).

Pode-se concluir que, não há consenso entre os pesquisadores e doutrinadores se os direitos da personalidade são direitos fundamentais. Uma parcela da doutrina os reconhece como tal, mesmo que positivados na legislação infraconstitucional. Por outro viés, alguns apontam que os direitos da personalidade, evidenciam os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 e decorrem de uma cláusula geral de tutela advinda do direito

¹⁸BRASIL. Lei n.10.406, 10 de janeiro de 2022. Código Civil.

¹⁹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevida dos direitos da personalidade. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007(p122)

à liberdade e do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-os como direitos fundamentais implícitos no diploma.

Dentre os direitos da personalidade estão os direitos à vida, à integridade psicofísica, à honra, à intimidade, ao nome, à reputação. Não obstante as diversas teorias sobre quando a personalidade civil da pessoa tem início, pode-se dizer que, de acordo com o artigo 2º do Código Civil, é a partir do nascimento com vida, resguardados os direitos do nascituro desde sua concepção.

Apregoa-se, ainda, que todo ser humano, desde a concepção, é detentor de direitos da personalidade, que merecem ser tutelados e protegidos desde sua vida intrauterina. Por outro lado, em regra, os mesmos findam-se com a morte, como preceitua o artigo 6º do Código Civil. Contudo, apesar dos direitos da personalidade terem como característica a vitaliciedade, alguns destes recebem tutela *post mortem*, assegurados por meio do artigo 12, parágrafo único, e artigo 20, parágrafo único, ambos do Novo Código Civil.

A morte consagra-se como um fenômeno cultural pelo âmbito da existência humana e moral, além de ser um fenômeno biológico. Com isso, após a morte, direitos de caráter patrimonial extingue-se ou transmite-se aos herdeiros, porém, no caso dos direitos da personalidade alguns sobrevivem à morte no que tange à sua tutela e legitimidade para pleitear defesa. O Superior Tribunal de Justiça, neste sentido, afirmou que os direitos da personalidade, no qual se inclui o direito à imagem (que são objetivo deste estudo), são intransmissíveis e que após a morte não se tornam coisas de ninguém, merecendo a defesa dos familiares (REsp n. 268.660/RJ. Rel. Min. César Asfor Rocha).

4.1. Tutela da personalidade nos tribunais

A matéria da tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida consiste em um dos problemas clássicos nesta seara, tendo em vista que o próprio Código Civil estabelece no artigo 6º que a existência da personalidade finda-se com a morte. Por derradeiro, há um óbice dogmático a superar, na medida em que não se pode conceder a tutela dos direitos da personalidade sem que haja um titular destes mesmos direitos.

Destaca-se que o Código Civil em seu artigo 11 tratou de fazer referência expressa a irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos da personalidade, por não terem caráter patrimonial. Deste modo, não podem ser transmitidos.

No que tange aos direitos da personalidade *post mortem* a legitimidade dos parentes do morto para propor ações indenizatórias decorrentes de ofensa a direito alheio corresponde as questões de legitimidade extraordinária, o direito nesse caso é do morto, mas, pela

impossibilidade de ser exercido, a lei deixa expresso que o seus familiares/parentes, até o quarto grau e o cônjuge podem pleitear.

Nesse caminho reflexivo, notório é que a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e da imagem, é uma das formas de proteção da dignidade da pessoa humana e encontra respaldo na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X. Frente isso, a legislação infraconstitucional passou a trazer seus mandamentos com ancoragem constitucional, tanto que o Código Civil, de forma exemplificativa, tratou dos direitos da personalidade a fim de implementar o princípio da dignidade da pessoa humana (CONSELHO FEDERAL DA JUSTIÇA, enunciado 274).

Em suma, numa perspectiva constitucionalista, os direitos privados da personalidade se equiparam aos direitos fundamentais do homem. Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes²⁰, defendem que os direitos da personalidade perante a proteção constitucional da dignidade humana mostram-se como “cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça²¹, em consonância com os reflexos *post mortem* dos direitos da personalidade, decidiu que os direitos à imagem e à honra, após a morte de seu titular, devem ser tutelados e protegidos, uma vez que seus reflexos persistem socialmente para além da vida. Destaque para o seguinte recorte:

CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. (Grifo nosso).

5. DIREITO DIGITAL, DESAFIOS E ENFRENTAMENTOS

Os direitos da personalidade, em razão da esfera do direito digital, das novas tecnologias e dos meios de comunicação, os quais estão em constante evolução, vêm sofrendo mudanças, surgindo novos significados, diante da lesão ou ameaça de lesão em razão da evolução tecnológica, o que pode gerar danos antes imprevisíveis, restando pouco

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004p. 31-33

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 521697 / RJ

espaço para designar o que é esfera pública e privada dada a massiva exposição de seus usuários e signatários.

A Era Digital e suas peculiaridades tem propiciado uma alteração no modo como a sociedade se comporta. Um dos fatores preponderantes para isso é a massificação da internet. É cada vez mais crescente o número de pessoas que passam a ter acesso a ela, seja através de um computador, seja através de outros meios. Vale citar em notícia recente, a corte alemã considerou ser a internet uma “parte/bem essencial da vida”. Isso se dá em virtude de diversos fatores, entre eles, a ampliação do direito de informação. Destaca-se que o acesso a informação na rede é muito mais vasto do que se poderia comparar ao período anterior à socialização da internet.

Sobre a temática do Constitucionalismo Digital, Gilmar Ferreira Mendes²², aborda sob perspectiva regulatória destas relações em meios digitais, a conquista salutar brasileira do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/20147) que contemplou cláusulas gerais e princípios de conformação de direitos individuais no ciberespaço que servem de baliza hermenêutica para o judiciário. Contudo, a natural abertura de seu texto normativo e a incapacidade de antecipação legislativa dos problemas relacionados ao uso das novas tecnologias têm se traduzido questionamentos sobre a constitucionalidade dos dispositivos do MCI, perante os órgãos judiciários em geral e o Supremo Tribunal Federal (STF) em particular.

Afã de conhecer os rumos da sociedade na era digital, se torna risível recorrer apenas ao ordenamento pátrio. Necessária se faz a meditação concomitante às diversas áreas do conhecimento.

Nesse diapasão, recorre-se quase que aprioristicamente aos ensinamentos de Norberto Bobbio²³ que principiou por distinguir o fundamento de um direito existente do fundamento de um direito que se pretende existente. No primeiro caso, é necessário investigar no ordenamento jurídico positivo, do qual faz parte como titular de direitos e de deveres, se há uma norma dotada de validade e também qual é essa norma. Já no segundo caso, é preciso buscar razões sólidas para defender a legitimidade do direito em questão e convencer o maior número possível de pessoas para reconhecer como existente e válido o direito que decorre da referida norma. O convencimento deve se dar, de modo especial, sobre as pessoas que detêm o poder de produzir, direta ou indiretamente, normas válidas naquele ordenamento jurídico.

²² MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro.

²³ A Era dos Direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.15.

Em um deslinde reflexivo, na esfera digital, poder-se-ia afirmar que os direitos e deveres surgem através do próprio exercício das relações. São as interações sociais-virtuais que modelam e servem de parâmetro para o balizamento dos regramentos atinentes e regulatórios destas mesmas vivências.

Ainda sobre as lições de Bobbio²⁴, o autor destaca como sendo o desafio do século XXI: O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político (...). Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados". Norberto Bobbio adverte, ainda, que há relativa facilidade para obter acordo no sentido de formalizar direitos humanos, mesmo que, eventualmente, as partes envolvidas não estejam convictas em relação aos seus fundamentos. Todavia, quando se trata de passar à ação, ou seja, ao campo da efetivação de tais direitos, começam a surgir reservas e oposições, ainda que não haja questionamentos em relação aos fundamentos.

6. CASO ELIS REGINA E A TRANSMISSIBILIDADE *MORTIS CAUSA*

O campo teórico se funde ao prático e sob a égide deste estudo, salutar se faz, a análise do recente caso do uso da imagem da cantora falecida, Elis Regina. Em julho de 2023, a Volkswagen lançou uma propaganda em comemoração aos seus 70 anos. O vídeo simulou um dueto entre Elis Regina, já falecida, e sua filha, Maria Rita. No comercial, Elis, já falecida, foi recriada por técnica de inteligência artificial (IA) e aparece cantando com a filha, Maria Rita.

Com o uso da inteligência artificial, a cantora que morreu em meados de 1982, aparece dirigindo e cantando ao lado da filha. Perante isso, o Conar - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, instaurou processo ético para investigação da campanha da Volkswagen a fim de averiguar o uso da imagem da cantora, mediante o fenômeno da "ressuscitação digital" via inteligência artificial.

A pergunta preponderante durante as investigações foi em relação ao uso de IA ser ou não de cunho ético. Tendo-se em vista, que além da imagem pessoal o mecanismo recriaria a própria existência fática da pessoa aludida. Ensejando assim, em dúvidas quanto aos possíveis danos causados a memória e imagem pessoal da cantora. O processo ainda analisaria de houve ou não autorização dos herdeiros sobre o uso da imagem de Elis.

²⁴ A Era dos Direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.24-25.

Após o período de análise, o órgão, Conar decidiu pelo arquivamento do processo. Pois o colegiado entendeu que não houve ofensa à imagem da cantora. E constatou-se que, os herdeiros consentiram com o uso da imagem. Destaque importante, para a votação quanto ao uso da inteligência artificial. Por maioria dos votos (13 a 7), o órgão colegiado concluiu que a técnica era notória na campanha, não ensejando dúvidas ou confusão ao público destinatário.

Mutatis Mutandis, ou seja, mudando o que precisa ser mudado. É nessa seara de pensamento que inicia-se essa reflexão.

O aprimoramento de tecnologias que permitem a reprodução exata da imagem e da voz de pessoas já falecidas (deepfake)²⁵ tem permitido a chamada "ressuscitação digital", que é feita por meio da manipulação digital dos registros de som e de imagem da pessoa que morreu.

Para começar, além do problema da ressuscitação digital dos mortos em contextos por eles não vividos, está-se diante da falta de consentimento. Os direitos da personalidade são intransmissíveis, desta forma o consentimento dos parentes próximos não ensejaria em validade do negócio jurídico. Ainda que o uso da imagem seja autorizado pelos parentes ou herdeiros, há que se questionar sobre a permanência do direito da personalidade à imagem propagada após a morte.

Em casos assim, certo seria termos a manifestação da vontade do falecido prescrita em documentação própria, como por exemplo, o testamento. Contudo, nem sempre isso se faz possível. Nesse sentido, os autores Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, discorrem:

O consentimento para a manipulação e o uso da imagem deve se dar por documento escrito, que explicita tal permissão no âmbito de limites temporais, temáticos e pessoais. Os limites temporais deverão ser fixados por meio de termo final ou de condição resolutiva, porquanto temerário seria o uso por tempo indeterminado. Os limites temáticos referem-se ao contexto em que a imagem será colocada ou à atuação fictícia que se imporá a ela. Logo, é improvável que a cessão ultrapasse os contornos da personalidade edificada em vida, configurada na imagem-atributo. Por fim, os limites pessoais vertem na determinação das pessoas a quem se concede a cessão de uso e manipulação da imagem.

Neste sentido, preceitua o Novo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 21, que a vida privada da pessoa natural é inviolável e cabe ao magistrado adotar as providências necessárias para impedir ou cessar ato contrário a norma, a pedido do interessado, que pode ser a própria pessoa ou os legitimados para agirem em seu nome em caso de morte, como, por exemplo, a interrupção de publicação em períodos, ou a exibição de programas de rádio, televisão ou

²⁵ Deepfake é a imagem ou som que passou por processo de edição, por meio de inteligência artificial, com o intuito de gerar aparência de fato real. Com o uso da técnica de edição, se pode modificar o conteúdo da fala, inserir uma pessoa em um contexto, substituir uma pessoa por outra.

internet. Insta frisar, ainda, que os Direitos da Personalidade se caracterizam por aspectos íntimos das pessoas, estes direitos por si só são intransmissíveis por herança em razão de serem intrínsecos, ou seja, não podem ser objeto de sucessão, contudo, não deixam de serem tutelados no ordenamento pátrio.

Essa nova realidade abre leque para importantes questionamentos na utilização da imagem, da voz e dos dados digitais de pessoas falecidas que, em vida, não manifestaram consentimento, seja para reprodução de falas e imagens seja para a criação de áudios e vídeos inéditos. As reflexões que ficam são: quem pode fazer uso de dados pessoais de pessoas falecidas? E ainda que, existisse o prévio consentimento para a utilização após a morte, haveria limitações quanto a extensão do uso?

A temática não encontra posição consolidada na doutrina, sendo assim, a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade encontra resguardo no artigo 12 do Código Civil ao estabelecer em seu parágrafo único que terá legitimidade para requerer que cesse a ameaça, ou lesão a direito da personalidade sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta ou colateral até quarto grau; e no artigo 20 que coíbe a divulgação de imagens que possam atingir a honra, a boa fama, ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais, e no caso da pessoa falecida poderá o cônjuge, os ascendentes ou seus descendentes requerer a proteção e preservação de certos aspectos da personalidade e seus direitos.

O direito a suceder, ou seja, direito à herança, fundamento na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso XXXI. Porém, se depara com uma nova categoria de bens que podem ser tanto de valor econômico quanto dotado de valor sentimental, como por exemplo: perfis em redes sociais, contas de e-mails, sites, documentos armazenados em nuvens, músicas, livros, vídeo, imagens, transações bancárias, transações comerciais virtuais, conhecidos por restos digitais, etc.

Segundo os autores, Teixeira; De Paula²⁶, o patrimônio digital *post mortem* pode ser mensurado por fatores econômicos e afetivos. Tendo estes acervos valores econômicos, podem ser incluídos na sucessão dos bens como herança e integrar o inventário de partilha de bens, sendo disputados por seus herdeiros, sejam eles testamentários ou legítimos e ainda estes podem requerer a exclusão de contas, perfis, dados ou fotos alegando fatores de ordem emocional.

²⁶ TEIXEIRA, Alumara Diniz; DE PAULA, Roberto. Direito ao esquecimento em herança digital. *Judicare*, v. 11, n. 1, 2017.

A quem defenda o instituto do “testamento afetivo” por meio do qual o de cujus nomeia alguém para funcionar como curador de sua memória virtual, tendo a obrigação de manter ativo seus perfis em redes sociais. Trata-se de uma romantização da morte por meio do qual se mantém presente uma pessoa já falecida (ALVES, 2016)²⁷. Ressalva-se que dada a discussão em torno deste relevante tema, que movimenta tanto a economia, quanto o direito, a psicologia e as relações sociais, Nunes (2018, p.1)²⁸, aponta que “o Direito Digital *post mortem* - traduzido do latim, depois da morte – traz aos aplicadores do Direito grandes reflexões acerca do assunto, devido à carência de legislação sobre as situações jurídicas”.

Servindo como pressuposto o testamento afetivo, em que o titular da imagem permite o uso desta após a sua morte, a violação do interesse legítimo dos familiares faz nascer uma pretensão indenizatória de que pode se valer algum herdeiro eventualmente excluído da decisão e do contrato de utilização de imagem do parente falecido. Da mesma forma, poderão os legitimados requerer indenização se houver extrapolação do objeto por parte do cessionário da imagem, as cláusulas estabelecidas contratualmente.

Assim, a situação jurídica subjetiva quanto à proteção da imagem do morto é um interesse legítimo. É nesse liame que se instaura a confusão entre legitimidade processual e titularidade material, sendo esta, fulcro de debates.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o romancista Victor Hugo (1802-1885): “os mortos são uns invisíveis, e não uns ausentes”. Essa frase esboça de forma poética o eixo central deste estudo. Ainda sobre o tema, para Sartre (1905-1980), a morte tem a característica de individualizar o ser humano, pois é um fenômeno da vida pessoal que o torna único, em que o indivíduo passa a ser responsável tanto pela vida como pela morte, não pelo fenômeno contingente, mas pelo caráter de finitude.

Frente essa reflexão *a priori*, a ressuscitação digital dos mortos leva-nos à intransmissibilidade e à vitaliciedade dos direitos da personalidade.

Nesse caminho estreito, a dignidade da pessoa humana pressupõe a extensão dos direitos da personalidade ao morto. Desta forma, a morte é um fato para o Direito que traz inúmeras consequências no meio jurídico. E os direitos da personalidade se estendem ao

²⁷ ALVES, Jones Figueirêdo. A extensão existencial por testamentos afetivos. Anoregsp: São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.anoregsp.org.br/index.php?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=3669. Acesso em 07 fev. 2020.

²⁸ NUNES, Amanda Ferreira. A responsabilidade do cedente na cessão de crédito e a herança digital pos mortem . ETIC- Encontro De Iniciação Científica, v. 14, n. 14, 2018.

corpo humano morto. O princípio da dignidade da pessoa humana, alicerçado constitucionalmente, apregoa ao Estado o dever de garantido de sua protetividade.

Muito embora não se consiga explicar a existência desses direitos “para além da vida”, necessário seria um código que reunisse todas as leis que se encontram desconexas em nosso ordenamento. A tutela dos direitos da personalidade é recente em nosso ordenamento, e o legislador ao tutelar os direitos dos mortos nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do Código Civil foram omissos, sem uma orientação sobre a sua interpretação, deixando essa função ao crivo do magistrado para preencher as lacunas encontradas.

Ao Estado é dado o dever de tutelar a dignidade da pessoa humana, que, portanto, não cessa com a morte, assim o brocardo jurídico *mors omnia solvit (a morte apaga tudo)* não deve ser compreendido como absoluto e inflexível, mas sim relativizado. É inevitável pensarmos multidisciplinarmente a questão, pois a legislação nos oferta amparo, mas a sociedade carece de consolidação da temática vislumbrando-se a consagração do direito conquistado.

Salutar frisar que, personalidade verdadeira opõe-se a personalidade jurídica que é aptidão para ser sujeito de direitos, que diz respeito à pessoa de direito e não o ser humano, a primeira acaba com a morte, a segunda se projeta além da existência humana e é, portanto, essa individualidade que o direito da personalidade alcança antes do começo e depois do fim da vida, de modo resolutivo.

Por derradeiro, o direito à imagem deve ser interpretado e, principalmente, protegido levando-se em conta as novas e complexas relações sociais. Para isso requer a compreensão de seu caráter de direito da personalidade, de direito fundamental corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, lançar visão sobre o passado é a ferramenta mais genuína do operador do Direito para enxergar o presente com todas as suas peculiaridades, visando assim, desanuviar o futuro.

Em suma, os direitos *post mortem* constituem a tutela do que fomos em vida, consagrando-se como a proteção da dignidade inata remanescente da nossa essência abstrata personificada na memória que perdura para além da vida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA NETO, João Beccon de et al. **O valor social do cadáver humano: personalidade, pesquisa científica, doação de órgãos e corpos**. *Direito & Justiça*, v. 34, n. 1, 2008.

ALVES, Jones Figueirêdo. A extensão existencial por testamentos afetivos. Anoregsp: São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.anoregsp.org.br/index.php?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=3669. Acesso em 07 fev. 2020.

AMARAL, Francisco. Direito Civil : Introdução. 7 ed. ver. atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.7.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 mar.2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 521697 / RJ
CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003.

Conar abre processo ético contra Volkswagen por uso da imagem de Elis Regina. Disponível em:< <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2023/07/5108066-conar-abre-processo-etico-contravolkswagen-por-uso-da-imagem-de-elis-regina.html>> Acesso em: 15 de março de 2024. Correio Brasiliense, Brasília, 10/07/2023.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FACHIN, Zulmar; FACHIN, Jéssica. Direitos Humanos Em Norberto Bobbio: A Trajetória De Uma Utopia Em Busca De Concretização.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. Parte Geral e LINDB. 14. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. p.210.

KANT, I. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Textos Filosóficos. Edições 70. Lisboa, 1997.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Rio Grande do Sul, v. 19, p. 237-263, mar. 2001.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4ªed. Salvador: JusPODIVM,2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Direitos da personalidade. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2021, p. 139-140.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Honra e imagem do morto? Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade. Brasília a. 44 n. 175 jul./set. 2007(p122).

NUNES, Amanda Ferreira. A responsabilidade do cedente na cessão de crédito e a herança digital pos mortem . ETIC-Encontro De Iniciação Científica, v. 14, n. 14, 2018.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva. 2002.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 263.

ROSENVALD, Nelson. O direito em movimento. Desafios contemporâneos. Salvador. Juspodivm, 2017.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; Naves, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e biodireito. 5. ed. Revista, atualizada e ampliada. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de.; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. A ressuscitação digital dos mortos: repercussões na responsabilidade civil. Migalhas, São Paulo, 14/11/2023. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/396926/ressuscitacao-digital-do-morto-repercussao-na-responsabilidade-civil>

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8.ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de Personalidade e sua Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 304.

TEIXEIRA, Alumara Diniz; DE PAULA, Roberto. DIREITO AO ESQUECIMENTO EM HERANÇA DIGITAL. *Judicare*, v. 11, n. 1, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2004p. 31-33



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 1, Número 1, Ano 4 - 2024

ISSN 2184-7487

Registado na Biblioteca Nacional
de Portugal

www.revistaibericadodireito.pt