

REVISTA INSIGNE DE HUMANIDADES

Natal, v. 1, n. 2 / 2024.2.



INFORMAÇÕES EDITORIAIS DA RIH

EDITORES GERAIS

Pedro Henrique da Mata Rodrigues Sousa (Editor-Chefe)

Hellen Dayane Dias Souza (Editora Assistente)

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Arthur Henrique de Pontes Regis (UNIPROCESSUS)

Profa. Dra. Bruna Agra de Medeiros (UNINASSAU)

Prof. Dr. Dante Ponte de Brito (UFPI)

Prof. Dr. Fabrício Germano Alves (UFRN)

Profa. Dra. Fernanda Maria Afonso Carneiro (URCA)

Prof. Dr. Herbert Ricardo Garcia Viana (UFRN)

Prof. Dr. Juan Manuel Velázquez Gardeta (UPV/EHU)

Prof. Dr. Luiz Felipe Monteiro Seixas (UFPE)

Prof. Dr. Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin (UFJF)

Prof. Dr. Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira (UNIEURO)

Prof. Dr. Samuel Max Gabbay (IFRJ)

Prof. Dr. Thiago Oliveira Moreira (UFRN)

Prof. Dr. Yanko Marcus da Silva Xavier (UFRN)

PROJETO GRÁFICO

Insigne Acadêmica

EDITORA INSIGNE ACADÊMICA

Av. Engenheiro Roberto Freire, n. 1962 – Loja 13

Capim Macio | 59.082-095 | Natal-RN | Brasil

E-mail: insigneacademica@gmail.com

Telefone: +55 (84) 99229-3892

REVISÃO ABNT E LINGUÍSTICA

Autores

Está proibida a reprodução parcial ou integral desta obra, bem como sua edição, adaptação ou tradução para qualquer idioma, por quaisquer modalidades, sem autorização prévia e expressa da dos autores, segundo o art. 29 da Lei n. 9.610/1998. Tal proibição inclui também os aspectos gráficos e a formatação da obra. A violação de direito autoral enseja a aplicação de sanções civis nos termos dos artigos arts. 101 a 110 da Lei n. 9.610/1998. Além disso, essa violação constitui crime contra a propriedade intelectual, conforme o art. 184 do Código Penal.

- PDF testado no *software* NVDA (leitor de tela para cegos e pessoas com baixa visão);
- Questões cromáticas testadas por meio do site *Contrast Checker* (<https://contrastchecker.com/>) para contraste com fontes abaixo e acima de 18pts, para luminosidade e compatibilidade de cor junto à cor de fundo e teste de legibilidade para pessoas daltônicas.



APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO

É com imenso prazer que apresentamos a segunda edição da Revista Insigne de Humanidades, uma publicação dedicada à promoção e disseminação de conhecimento nas diversas áreas das ciências humanas. Esta nova edição marca um passo significativo na continuidade de nosso compromisso em criar um espaço que valoriza o rigor acadêmico e a reflexão crítica, proporcionando uma plataforma para pesquisadores, acadêmicos e profissionais compartilharem suas descobertas.

A Revista Insigne de Humanidades tem como objetivo fomentar o debate intelectual e a troca de ideias sobre temas que impactam profundamente a sociedade contemporânea, mantendo seu compromisso com a qualidade e a relevância de cada artigo publicado, nossa revista busca destacar trabalhos que não apenas avancem o conhecimento em suas respectivas áreas, mas também ofereçam contribuições significativas para a compreensão e a solução de problemas na sociedade.

Nesta segunda edição, apresentamos uma seleção diversificada de artigos que refletem a amplitude e a profundidade das pesquisas em humanidades. Os trabalhos abordam questões críticas relacionadas a áreas como direito, tecnologia, gentrificação e proteção de dados pessoais, entre outros temas relevantes. Além disso, a variedade de abordagens metodológicas e perspectivas teóricas presentes nos artigos evidencia a riqueza do campo das ciências humanas e a capacidade de nossos colaboradores em oferecer insights valiosos.

Agradecemos profundamente aos autores que contribuíram para esta edição, bem como aos membros do conselho editorial e aos revisores que dedicaram seu tempo e expertise para garantir a excelência dos trabalhos publicados. Sem o esforço e a dedicação de todos, esta edição não seria possível. Esperamos que a Revista Insigne de Humanidades consolide-se cada vez mais como uma referência no campo acadêmico, promovendo um diálogo contínuo e produtivo entre os diversos atores envolvidos na construção do conhecimento humanístico.

Convidamos vocês, leitores, a mergulharem nos artigos desta edição e a se envolverem nas discussões que eles inspiram. Acreditamos que cada contribuição tem o poder de provocar novas perspectivas e enriquecer a compreensão a respeito das problemáticas presentes na sociedade. Desejamos que esta leitura seja não apenas informativa, mas também inspiradora, ampliando o seu olhar sobre a humanidade.

TRABALHOS DA 2ª EDIÇÃO

- 1-19** **A proteção de dados pessoais *post mortem* diante da lei nº 13.709/2018 (lei geral de proteção de dados)**
Nátaly Jubanski
Emily de Siqueira Diedrichs
- 20-39** **Transformações da contemporaneidade: o papel da tecnologia na gentrificação**
Aline Stephany Soares Lopes
- 40-61** **Aspectos limitadores da transmissão sucessória de bens digitais: o antagonismo entre o existencial e o patrimonial**
Carolina Balduino Pozeti
Stella Mendes de Oliveira
- 62-82** **Famílias simultâneas, não monogamia e a possível superação do conservadorismo na sociedade atual**
Victoria Domine Matos
- 83-95** **Direito dos refugiados e a digitalização dos países: uma análise em torno das lacunas jurídicas frente à falta de reconhecimento do instituto do refúgio ambiental e as implicações tecnológicas**
Richelle Santos Souza
- 96-119** **Proteção de dados pessoais como direito fundamental na união europeia e no Brasil e a cooperação jurídica internacional**
Alexandra Cavalcante Miranda
João Pedro Pinto do Monte
- 120-133** **Neorretribucionismo, reação social e a prevenção terciária ao delito à luz da pec 45/2023**
Francisco Solano de Freitas Suassuna Segundo
- 134-147** **A Autonomia do Crime de Lavagem de Capitais em Relação à Infração Antecedente e a Necessidade de Revisitar os Limites Jurisprudenciais**
Luiz Cláudio da Silva Leite

148-172 **Ponderações sobre a Inconstitucionalidade da Legitimação Fundiária na Aplicação da REURB**

Thays Moreira Gomes

Filipe Rodrigues Garcia

173-186 **Liberdade de Expressão e a Liberdade Religiosa como Limitadoras do Direito Fundamental à Saúde**

Giulia Nikolaus Ferreira

Thomas Kefas de Souza Dantas

1

DOI: 10.5281/zenodo.13171757

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

JUBANSKI, Nátaly; DIEDRICHS, Emily de Siqueira. A proteção de dados pessoais *post mortem* diante da lei nº 13.709/2018 (lei geral de proteção de dados). *Revista Insigne de Humanidades*, Natal, v. 1, n. 2, p. 1-19, maio/ago. 2024.

Recebido em: 07/05/2024
Aprovado em: 17/05/2024

A proteção de dados pessoais *post mortem* diante da lei nº 13.709/2018 (lei geral de proteção de dados)

Post-Mortem Personal Data Protection under Law No. 13,709/2018 (General Data Protection Law)

Nátaly Jubanski¹

Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0128018489898556>.
 E-mail: nataly_jubanski@hotmail.com.

Emily de Siqueira Diedrichs²

Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG)

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2247711321231198>.
 E-mail: emilydiedrichs@gmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. 2.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE NO AMBIENTE DIGITAL. 3 LEGISLAÇÕES APLICADAS À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. 3.1 IMPACTOS NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DIANTE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD). 4 DESAFIOS LEGAIS NO TOCANTE À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS POST MORTEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Pós-Graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Estadual de Ponta Grossa -UEPG. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais – CESCAGE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0128018489898556>. E-mail: nataly_jubanski@hotmail.com.

² Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - CESCAGE. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Mestranda em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Pós-Graduada Lato Sensu em Direito Civil, Empresarial e Processo – LEGALE EDUCACIONAL. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2247711321231198>. E-mail: emilydiedrichs@gmail.com.

RESUMO:

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) do Brasil, promulgada em 2018, trouxe significativas mudanças no tratamento de dados pessoais, mas deixou uma lacuna importante no que diz respeito à proteção dos dados pessoais após a morte do titular. Este estudo aborda a problemática da proteção de dados post mortem, explorando as implicações legais e os desafios enfrentados na preservação dos direitos de personalidade após o falecimento. A pesquisa analisa a ausência de regulamentação específica na LGPD para dados de pessoas falecidas e compara essa situação com legislações internacionais que já tratam do tema. Além disso, discute a relevância de uma abordagem legislativa que considere os direitos dos herdeiros e a necessidade de garantir a privacidade e a dignidade dos dados pessoais após a morte. Conclui-se que há uma necessidade urgente de desenvolver regulamentações claras e abrangentes para assegurar a proteção dos dados pessoais post mortem, contribuindo para a segurança jurídica e o respeito aos direitos de personalidade no contexto digital contemporâneo.

Palavras-chave:

Dados pessoais post mortem. Proteção de dados. LGPD. Direitos de personalidade. Brasil.

ABSTRACT:

Brazil's General Data Protection Law (LGPD), enacted in 2018, introduced significant changes in the handling of personal data but left a crucial gap regarding the protection of personal data after the data subject's death. This study addresses the issue of post mortem data protection, exploring the legal implications and challenges in preserving personality rights after death. The research examines the lack of specific regulation in the LGPD for deceased individuals' data and compares this situation with international legislations that address the issue. Additionally, it discusses the importance of a legislative approach that considers the rights of heirs and the need to ensure the privacy and dignity of personal data after death. It concludes that there is an urgent need to develop clear and comprehensive regulations to ensure the protection of post mortem personal data, contributing to legal security and respect for personality rights in the contemporary digital context.

Keywords:

Post mortem personal data. Data protection. LGPD. Personality rights. Brazil.

1 INTRODUÇÃO

A partir do aumento exponencial das tecnologias como o *Big Data* e o uso de Inteligência Artificial, a sociedade foi marcada por uma nova forma de organização, onde a informação é o que move o cotidiano social. Essas informações passaram a ser processadas e transmitidas em quantidade e velocidade inimagináveis, transformando as relações interpessoais e rompendo todos os obstáculos entre tempo-espaço.

Diante deste cenário contemporâneo, a proteção de dados pessoais tornou-se um tema de extrema relevância, impulsionado pela crescente digitalização da sociedade e pela ampla disseminação das tecnologias de informação e comunicação. Nesse contexto, a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil representou um marco significativo na busca pela salvaguarda dos direitos individuais à privacidade e à autodeterminação informativa. No entanto, uma questão crucial emerge desse panorama: a proteção dos dados pessoais de pessoas falecidas sob a ótica dos direitos de personalidade.

A morte de um indivíduo não significa o fim de sua presença digital. Na era da informação, os dados pessoais continuam a existir e a serem utilizados após o falecimento, suscitando desafios complexos no que diz respeito à preservação dos direitos de personalidade, à privacidade e à autonomia dos titulares. A ausência de uma regulamentação específica sobre o tratamento desses dados *post mortem* gera insegurança jurídica e coloca em xeque a efetividade das medidas de proteção estabelecidas pela LGPD.

No contexto apresentado, surge a seguinte problemática: a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) oferece alguma forma de proteção para os dados pessoais de indivíduos falecidos em relação aos seus direitos de personalidade? Para abordar essa indagação, é essencial examinar tanto os dispositivos da LGPD quanto a aplicação dos direitos de personalidade. Além disso, será conduzida uma análise concisa das legislações brasileiras e estrangeiras pertinentes ao tema.

Nesse sentido, o propósito principal deste artigo é examinar a LGPD para avaliar se ela proporciona uma proteção suficiente aos dados pessoais de indivíduos falecidos. Para atingir esse objetivo, será conduzida uma análise crítica dos dispositivos da LGPD à luz dos direitos de personalidade. O intuito é identificar possíveis lacunas e necessidades de ajustes legislativos para garantir uma proteção mais eficaz dos dados após a morte.

2 O DIREITO A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A interseção entre o mundo físico e o mundo digital é cada vez mais evidente nos dias atuais, onde essas duas esferas se fundem, formando um único universo. Uma distinção marcante entre esses mundos é que, no âmbito digital, a existência do indivíduo é contínua, não sujeita à morte. Assim, os dados relacionados à vida de uma pessoa podem ser considerados como parte integrante de seus direitos de personalidade, desde que sejam classificados como dados pessoais. Esses dados se tornam uma extensão ou uma dimensão

do próprio indivíduo. Em outras palavras, tais informações devem estar intrinsecamente ligadas à pessoa, representando uma projeção de sua identidade (Bioni, 2020).

Dessa forma, os chamados dados pessoais podem servir como identificadores de uma pessoa em situações onde sua presença física não é viável, portanto, são elementos fundamentais para a proteção da personalidade e construção da privacidade na sociedade atual (Fritz, 2021).

No meio digital, embora os valores e direitos fundamentais sejam em grande parte os mesmos, o contexto e suas peculiaridades apresentam desafios complexos de natureza técnica e jurídica, tendo em vista a ampla disseminação do acesso à internet e a rapidez com que as informações se espalham, o que dificulta a regulamentação adequada e a efetivação de direitos de personalidade (Sarlet, 2018).

Sendo assim, o tratamento de dados pessoais apresenta um problema cada vez mais claro, levando em consideração o risco de exposição e sua utilização de formas indevidas, seja no tratamento errôneo ou até mesmo na sua utilização por terceiros sem autorização do titular, surgindo então a necessidade da criação de mecanismos que protejam o titular dos dados pessoais (Fritz, 2021).

A partir disto, a noção de privacidade tomou um novo rumo, seu conceito não se limita mais apenas à ideia de 'invasão de privacidade'. Em tempos anteriores ao ambiente virtual, a privacidade era violada por quem procurava informações a respeito da vida de uma pessoa. Atualmente, a própria pessoa através de pesquisas em sites ou mecanismos de busca, redes sociais e aplicativos de comunicação, "permite" o fornecimento de seus dados de forma espontânea, disponibilizando informações pessoais e contribuindo para formação do denominado *big data* e criando perfis de navegação (*profiling*) completos a respeito de si mesma (Tomasevicius Filho, 2018).

Grande parte desses titulares não estão cientes de que estão sendo rotulados, analisados, influenciados e discriminados devido à falta de transparência no uso de seus dados. A combinação de diferentes fontes de informação possibilita a identificação de usuários na internet, o que explica por que alguns produtos e serviços são oferecidos a preços diferentes com base no sistema operacional do dispositivo ou localização geográfica do consumidor, e é a partir desse contexto que os dados se tornaram um bem de consumo atualmente (Facchini Neto; Demolier, 2018).

Nesse aspecto, a proteção de dados pessoais tratados por sistemas tecnológicos tem ganhado ampla relevância, considerando a possibilidade de dados de forma indevida e o monitoramento constante de pessoas na internet, tais procedimentos podem ocasionar a violação de direitos da personalidade, como a privacidade e a intimidade, sendo dever do Direito afastar práticas que interfiram de maneira negativa na liberdade e autonomia das pessoas, por exemplo na ocorrência de análise de dados não autorizados pelo titular, observando critérios não transparentes.

O conceito de "vida pessoal" pode ser definido com base na cultura nacional e nas características individuais da população, entretanto, existem elementos comuns, como a inviolabilidade das informações pessoais e sua proteção em relação ao acesso, uso, divulgação, transferência, entre outros. Nesse sentido, todos têm o direito à proteção dos dados pessoais incluídos no conceito de privacidade (Romansky, 2022).

Para Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (2023) a tutela dos dados da pessoa natural mostra-se vital para que ela se relacione na sociedade de forma efetivamente livre, representando maior garantia de segurança quanto a práticas autoritárias e de vigilância indevidas por parte de instituições públicas e privadas.

Assim torna-se de extrema relevância o estudo da proteção dos dados pessoais, de modo a garantir que direitos associados à privacidade sejam ampliados para incluir outros interesses, levando em conta as várias formas de controle que se tornam possíveis através do tratamento desses dados (Doneda, 2020).

Nos dias de hoje os dados podem advir tanto da internet, onde o usuário produz seus vestígios digitais quanto das próprias redes sociais, em que pessoas publicam seus pensamentos, debatem, publicam preferências e sentimentos. Estas informações criadas em forma de texto, áudio, imagem, vídeo, pesquisas na internet, etc, formam uma grande e volumosa base de dados, gerando o chamado *Big Data*. O termo é utilizado para abranger as incontáveis informações que são geradas e utilizadas de diversas formas, levando-se em consideração que muitas vezes os dados podem ser obtidos de forma passiva, isto é, dados fornecidos sem concordância do titular (Mayer-Schonberger; Cukier, 2017).

Desse modo, urge diferenciar a expressão "dado" e "informação." O primeiro trata de uma forma primitiva da informação, pois não forma o conhecimento, tratando apenas de fatos brutos, que ao serem organizados poderão ser extraídas informações destes. Essa dinâmica possibilita que uma grande quantidade de fatos a respeito de usuários da internet seja gerenciada, e assim se tornando uma informação, a fim de lhes apresentar anúncios publicitários, direcionar sugestões de seu interesse, dentre outras situações (Doneda, 2021).

Bruno Ricardo Bioni (2020, p. 85) explica que para que um dado se torne pessoal é necessária uma análise contextual de qual forma de informação será extraída de uma base de dados, nesse sentido a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) se valeu do critério da razoabilidade para delimitar o conceito de dados pessoais, sendo que a mera possibilidade de um dado estar atrelado a uma pessoa identificável não é suficiente, essa vinculação precisa ser feita por um "esforço razoável". Assim, se a correlação entre um dado e uma pessoa requer um esforço que excede o razoável, não pode ser considerado um dado pessoal, então esse dado será tratado como anônimo, já que o "filtro da razoabilidade" impede que seja enquadrado como relacionado a uma pessoa identificável (Bioni, 2020).

2.1 DIREITOS DE PERSONALIDADE NO AMBIENTE DIGITAL

O progresso contínuo da sociedade está estreitamente ligado à implementação de sistemas para coleta e armazenamento de informações, o que entra em conflito com a preservação dos direitos da personalidade, em particular o direito à privacidade e à intimidade, reconhecidos como direitos fundamentais tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil (Guerra, 2019).

A conceituação de direitos da personalidade pode ser considerada como a concepção de direitos que abrangem os aspectos físicos e morais que caracterizam o indivíduo, e sua finalidade é proteger esses atributos específicos. A personalidade, enquanto qualidade atribuída às pessoas, é protegida em sua integralidade, incluindo aspectos psicológicos, integridade física, moral e intelectual, desde o momento da concepção do indivíduo até a sua morte (Tartuce, 2022). Portanto, os direitos de personalidade abrangem questões fundamentais, como a preservação da vida, a privacidade, a confidencialidade, o respeito, a reputação, a capacidade intelectual e diversos outros valores essenciais.

Para Tepedino e Oliva (2023) os direitos da personalidade são um assunto que apresenta grandes dificuldades conceituais. Por um lado, a tecnologia avançada e a vida urbana colocam indivíduos em novas situações que desafiam a lei, exigindo regulamentação adequada. Por outro lado, a doutrina procura solucionar controvérsias que surgem na sociedade atual, que não se enquadram nos modelos do passado aos quais se referem.

Diante desse contexto virtual, a análise dos direitos de personalidade principalmente dos direitos a privacidade e intimidade se tornam de extrema importância, levando em consideração que o armazenamento de dados pode incluir informações sobre as preferências do indivíduo, seus hábitos, pensamentos, manifestações da imagem, corpo e saúde, indivíduos que podem ser revelados com o uso de seus dados (Reis; Naves, 2020).

Portanto, a diversidade humana e o processo de desenvolvimento de sua identidade são influenciados diretamente pelos conceitos de intimidade e privacidade, e estes quando violados, afetam a autonomia bem como a dignidade da pessoa. Assim, a capacidade do titular em tomar as próprias decisões precisam ser levadas em consideração igualmente no ambiente virtual, permitindo ao mesmo o gerenciamento de seus dados que são armazenados e à possibilidade de tomar decisões sobre eles depois que forem coletados (Reis; Naves, 2020).

Portanto, a segurança dos dados pessoais é uma das principais preocupações relacionadas ao direito à privacidade, intimidade e aos direitos de personalidade na era da tecnologia. À medida que o processamento automatizado de dados passou a apresentar um risco intrínseco para os indivíduos, a proteção de dados pessoais começou a se desenvolver de forma mais independente, contribuindo para o fortalecimento dos direitos individuais (Bioni, 2020).

Diante disto, urge a necessidade da extensão da proteção jurídica da intimidade e da privacidade a todos os seres humanos, independentemente de terem nascido ou ainda estarem por nascer, podendo se estender além da morte do titular. Essa proteção aos direitos

a privacidade e intimidade deve ser especialmente abrangente no contexto do ambiente digital, sendo que alguns autores os chamam de “intimidade informática” (Sarlet, 2020).

3 LEGISLAÇÕES APLICADAS A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Através do aumento do uso das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), surgiram novos aspectos dos direitos já estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, como através da leitura da cláusula geral da personalidade, o que exigiu que as leis se adaptassem para proteger novas questões em ambientes anteriormente desconhecidos (Oliveira, Barros, Pereira, 2017).

Ingo Wolfgang Sarlet (2020) elucida que o fenômeno da TIC é dinâmico e complexo, se tornando um verdadeiro desafio a capacidade das leis jurídicas convencionais, tanto nacionais quanto internacionais, de proteger efetivamente os direitos humanos e fundamentais que são afetados, colocando em prova a habilidade do Direito de alcançar resultados satisfatórios.

Diante disto, o Direito, como estrutura que organiza e regula as relações em diferentes esferas, precisa se adaptar para fins de proteger os dados pessoais como direito fundamental. A doutrina também tem desempenhado um papel importante na análise dos diversos aspectos relacionados a esses dados, enquanto o setor legislativo tem trabalhado para estabelecer uma estrutura regulatória. Já o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal (STF), tem fornecido interpretações valiosas sobre o assunto, inclusive reconhecendo que a proteção de dados pessoais como direito fundamental autônomo (Fachin, 2022).

Destaca-se a emenda constitucional 115/22 que foi promulgada pelo Congresso Nacional em 10 de fevereiro de 2022, garantindo a proteção dos dados pessoais como direitos individuais fundamentais de todas as pessoas que estejam no território brasileiro, independentemente de sua nacionalidade. Embora seja possível reconhecer a proteção de dados como um direito fundamental implícito, tal como já fez o STF, e extrair todas as implicações decorrentes dessa condição, é importante ressaltar que a formalização desse direito traz uma vantagem adicional significativa. Em outras palavras, a positivação formal da proteção de dados deve agregar um valor positivo considerável em relação ao estado atual da proteção de dados no Brasil (Bittar; Sarlet; Sarlet, 2022).

Com relação ao que estabelece a CF/1988 sobre a informação pessoal, de início o tema foi abrangido em seu texto através de garantias de liberdade de expressão e o direito à informação, além de considerar inviolável a vida privada e a intimidade no seu artigo 5º, inciso X, determinando o direito a inviabilidade da interceptação telefônica, telegráfica ou de dados em seu artigo 5º, inciso XII, instituindo também o habeas data presente no artigo 5º, inciso LXXII, o qual possui função de garantir o acesso e retificação de dados pessoais (Doneda, 2020).

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) estipula em seu artigo 43, uma variedade de direitos e garantias destinados aos consumidores em relação às suas informações pessoais armazenadas em "bancos de dados e cadastros". A Lei teve um impacto significativo no sistema legal civil brasileiro, levando os especialistas em direito civil a se afastarem dos conceitos neutros estabelecidos pelo Código Civil de 1916 e promovendo uma modernização que se estendeu para além das relações de consumo. Ao estabelecer um sistema moderno voltado para a proteção do consumidor, o CDC se deparou inevitavelmente com a questão do uso abusivo das informações dos consumidores armazenadas em bancos de dados (Doneda, 2020).

Nesse sentido, a legislação voltada ao consumidor optou por conceder ao consumidor o direito de ter controle sobre suas informações pessoais. Os direitos e princípios estabelecidos pela Lei estão centrados na proteção dos interesses do consumidor, permitindo que ele, como titular dos dados pessoais, exerça controle sobre suas informações pessoais. Em essência, o objetivo do CDC é garantir a capacidade de autodeterminação informacional, abrangendo desde medidas para assegurar a precisão dos dados até restrições temporais para sua retenção (Bioni, 2019).

O Código Civil de 2002, em consonância com a cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade presente na CF/88, estabeleceu em capítulo próprio um rol exemplificativo de direitos da personalidade, deixando suas origens patrimonialistas e se tornando de grande valia para a revalorização do ser humano, o protegendo de acordo com características inerentes ao mesmo, garantindo direitos como a intimidade e privacidade (Brasil, 2002).

Em decorrência do disposto no artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal, que estabelece o direito de todos ao acesso às informações detidas pelos órgãos públicos, seja de interesse individual ou coletivo, foi promulgada a Lei de Acesso à Informação Pública (Lei 12.527/2011). Essa legislação determina que os órgãos públicos disponibilizem informações relacionadas a gastos públicos, salários ou processos de licitação, sendo a publicidade a regra e o sigilo a exceção. Atualmente, aqueles que solicitam informações devem se identificar, pois receberão informações dos órgãos públicos e serão responsáveis por seu uso (Limberger, 2021).

Existe ainda outra norma em vigor no Brasil que trata da proteção de dados pessoais. É a Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), esta dedica uma parte do seu capítulo 3 (do artigo 10 ao 21) para regulamentar a proteção de registros, dados pessoais e comunicações privadas, bem como a guarda de registros de conexão e aplicações de internet. A Lei ainda aborda a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros (Facchini Neto; Demolier, 2018).

Em resumo, a Lei possui três dispositivos específicos que mencionam a importância do consentimento do titular para a coleta, uso, armazenamento e tratamento de seus dados pessoais, assim como para sua transferência a terceiros. O MCI também estabelece que o consentimento deve ser livre, expresso e informado, e oferece ainda quatro outros dispositivos para orientar o que é considerado um consentimento expresso e informado. A

pessoa que exerce o tratamento de dados pessoais deve fornecer informações claras e completas, usando cláusulas contratuais destacadas e divulgando suas políticas de uso para atender a esses requisitos (Bioni, 2021).

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei 13.709/2018, estabeleceu um sistema abrangente de proteção de informações pessoais, complementando assim o quadro regulatório do país relacionado à Sociedade da Informação ao juntar-se à Lei de Acesso à Informação, ao Marco Civil da Internet e ao Código de Defesa do Consumidor, a LGPD faz parte do conjunto de normas que modificam e atualizam a forma como as informações são tratadas no Brasil (Menezes Júnior, 2021).

A LGPD começou a ser elaborada a partir de 2010 e coloca o Brasil no rol dos países que possuem legislações abrangentes sobre proteção de dados. O texto da Lei segue a mesma linha das legislações de dados mais recentes, como a GDPR, ao enfatizar a importância do consentimento. Esse instituto é mencionado diversas vezes no texto sendo descrito com adjetivos como "livre", "informado" e "inequívoco", além de servir como orientação para diversas outras normas estabelecidas pela lei (Lugati; Almeida, 2022).

3.1 IMPACTOS NA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DIANTE DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD)

O início dos debates sobre o tema proteção de dados pessoais surgiu propriamente dito a partir da promulgação do Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) em 2016. Seu objetivo é salvaguardar os indivíduos no que se refere ao processamento de informações pessoais e à livre circulação dos dados, denominada pela expressão *free data flow*. E a partir do GDPR foi ocasionado o chamado "efeito domino", criando uma exigência para que os demais países buscassem a manutenção de relações comerciais com a União Europeia, e para isso deveriam adequar suas legislações para atingirem o mesmo nível que o GDPR (Pinheiro; 2021).

Sendo assim, para se alinhar a legislação europeia, o Brasil promulgou a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), a lei foi criada com o objetivo de regular o tratamento de dados pessoais por entidades públicas e privadas, levando em consideração a problemática do uso indevido de dados pessoais e a proteção de direitos fundamentais de liberdade e privacidade, previsto em seu artigo 1º (Brasil, 2018).

Ainda, o Projeto de Lei nº 4060, de 2012 apresentou como justificava para a promulgação da posterior LGPD, problemáticas levantadas no ano de 2013, quando foi divulgado que as principais empresas de tecnologia com sede nos Estados Unidos, incluindo o Google e o Facebook, estavam infringindo a privacidade de seus usuários, permitindo o acesso desses dados pela NSA, uma agência de segurança americana, questões como esta que também motivaram a criação da referida Lei (São Paulo, 2012).

Dessa forma a LGPD foi criada para proteção de dados e o tratamento destes, independentemente de ser no meio digital ou não, abrangendo diversos princípios e garantias

aos titulares dos dados no que envolve seu processamento. A abordagem já é observada a partir do artigo 1º, disciplinando que objetivo da lei é o tratamento de dados pessoais, por pessoa natural ou jurídica, através da proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, garantindo o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Brasil, 2018).

Nesse sentido, o artigo 2º da LGPD traz diretrizes aos aplicadores do Direito com relação a proteção dos dados, demonstrando uma clara preocupação com a salvaguarda dos direitos básicos, guardando semelhanças com a CF/88, que tem como pilar a defesa dos direitos fundamentais. Dentre os dispositivos constitucionais mais relevantes nessa temática, é possível mencionar o artigo 3º, incisos I e II, o artigo 4º, inciso II, o artigo 5º, incisos X e XII e LXXIX, o artigo 7º, inciso XXVII, e o artigo 219 (Pinheiro, 2021).

Com relação ao consentimento, este trata-se de um dos principais vetores da lei para o alcance da autonomia privada, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XII e artigo 7º, portanto através do consentimento é que empresas passam a ter acesso aos dados pessoais de seus titulares, os coletando, utilizando ou compartilhando (Brasil, 2018).

A LGPD ainda abrange a proteção de dados pessoais sensíveis (artigo 11), estabelecendo que dados, por exemplo, relativos à saúde, religião e orientação sexual, poderão ser tratados apenas em casos específicos, através do consentimento do titular e em casos de exercício de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral; em casos de proteção a vida do titular ou terceiro; para tutelar a saúde e ainda na garantia de prevenção a fraude e segurança do titular em meios eletrônicos (Brasil, 2018).

Desse modo, a LGPD busca como principal objetivo a proteção à privacidade de dados pessoais e sensíveis dos cidadãos brasileiros, garantindo o uso adequado dessas informações pelas empresas e órgãos públicos. Através da Lei, os indivíduos terão o pleno exercício da autodeterminação informativa em relação aos seus dados pessoais (Brasil, 2018).

É indiscutível que, apesar da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, a evolução constante das inovações tecnológicas exige uma atenção legislativa contínua que acompanhe as necessidades dos direitos fundamentais, fazendo com que o Direito precise se adaptar a cada dia para acompanhar as mudanças constantes do meio tecnológico e das relações interpessoais ali presentes.

Os debates acerca dos mecanismos de proteção de dados pessoais previstos na LGPD são constantes, principalmente no que diz respeito à efetividade desses mecanismos em garantir o cumprimento dos objetivos da lei, considerando que a principal meta da LGPD é proteger os direitos de personalidade e fundamentais de liberdade, como a privacidade e o desenvolvimento pessoal dos indivíduos.

Patrícia Peck Pinheiro (2021), afirma que a LGPD busca estimular a prevenção da violação de dados pessoais em dispositivos eletrônicos e para isso, ainda é necessário que haja uma adequação nos processos de governança corporativa, com a implementação de um programa de *compliance* digital mais robusto, investimentos em ferramentas atualizadas de segurança de dados, revisão documental, aprimoramento de procedimentos e fluxos internos

e externos de dados pessoais, bem como a implementação de mecanismos de controle e auditoria, além disso, é necessária uma mudança cultural.

Entretanto é importante salientar que as violações de privacidade não se limitam apenas às informações de pessoas vivas, mas também se estendem aos falecidos, os quais também podem ter seus dados utilizados de forma indevida. Nesse contexto, cita-se a situação ocorrida em janeiro do ano de 2021, caso divulgado como um dos maiores vazamento de dados da história, que afetou mais de 223 milhões de brasileiros, e uma das informações reveladas na época é que pessoas falecidas também tiveram seus dados expostos no vazamento, tais como dados de escolaridade, benefícios do INSS e programas sociais, renda e pontuação de crédito, para prática de fraudes (G1, 2021).

Com relação ao risco de exposição de dados pessoais de pessoas falecidas, e a consequente violação a seus direitos de personalidade, há diversas questões importantes que merecem ser analisadas e discutidas, pois além do risco de exposição como a possibilidade de os dados serem acessados e usados indevidamente por terceiros, o que pode levar a violações de privacidade, fraudes ou até mesmo crimes de identidade, ainda se percebe uma carência legislativa com relação ao assunto.

Já com relação ao Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR) a Lei não inseriu em seu texto a proteção de dados pessoais do de cujus, transferindo o encargo para os países membros legislarem a respeito do tema. Nesse sentido, em seu item n.27 consta da seguinte forma “O presente regulamento não se aplica aos dados pessoais de pessoas falecidas. Os Estados-Membros poderão estabelecer regras para o tratamento dos dados pessoais de pessoas falecidas” (União Europeia, 2016).

Cita-se a Lei de Proteção de dados da Bulgária, a qual estabelece em seu artigo 28 que no caso de falecimento de uma pessoa, os seus direitos serão exercidos por seus herdeiros (Bulgária, 2019).

Já na legislação da Estônia, é necessário obter o consentimento por escrito do sucessor, cônjuge, descendente ou ascendente, irmão ou irmã para processar dados pessoais relacionados a uma pessoa falecida, com exceção dos dados em que o consentimento do titular não é necessário ou quando já se passaram trinta anos desde o falecimento (Estônia, 2018).

Nos Estados Unidos, em 2015 foi implementado o documento que estabelece o controle da herança digital de pessoa falecidas a um fiduciário, normalmente sendo um inventariante ou descendente do falecido. Entretanto, a referida regulação exclui deste controle comunicações eletrônicas como e-mail, mensagens de texto ou redes sociais, com exceção do falecido quando em vida, através de testamento tenha autorizado acesso ao inventariante ou descendente (Sankievicz, 2021).

4 DESAFIOS LEGAIS NO TOCANTE A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS *POST MORTEM* NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Dessa forma, evidencia-se a complexa problemática que permeia a Sociedade da Informação contemporânea. A proliferação disseminada de informações e a presença onipresente de uma miríade de dispositivos e sensores conectados à internet resultam na coleta e na disseminação contínua dos dados pessoais por meio de sistemas de inteligência artificial e algoritmos. Esse cenário representa um verdadeiro desafio para a proteção desses dados pelo arcabouço jurídico vigente, o que demanda uma reavaliação das estratégias regulatórias para assegurar a capacidade do titular dos dados de exercer controle sobre eles (da Silva; Diedrichs; Carlos, 2023).

Desse modo, o problema também ocorre no âmbito de proteção dos dados pessoais de pessoas falecidas, pois diferentemente de uma pessoa viva que é capaz de controlar seus dados e utilizar de mecanismo legais como a LGPD como fundamento para proteção destes, uma pessoa falecida não possui mecanismos de defesa ou qualquer poder para consentir com o uso de seus dados por terceiros, surgindo a possibilidade de ocorrer violações aos direitos de personalidade do indivíduo falecido.

A Lei Geral de Proteção de Dados em seu artigo 5º, V, definiu o titular dos dados pessoais a qual se destina o tratamento dos dados como sendo a pessoa natural, excluindo tacitamente pessoas falecidas do seu âmbito de proteção, o que deixa claro a falta de previsão legal no Brasil para o tratamento das informações referentes a pessoas falecidas, conseqüentemente a proteção de seus direitos de personalidade. Isso é particularmente preocupante, considerando a quantidade de dados coletados durante a vida do titular, dos quais não se tem certeza se foram excluídos ou tratados adequadamente após seu falecimento (Brasil, 2018).

Inclusive, a própria Coordenação-Geral de Fiscalização - CGF da ANDP consultou a Polícia Rodoviária Federal – PRF a respeito da utilização dos nomes completos de servidores falecidos com o propósito de prestar-lhes homenagens. Em resposta, a CGF emitiu uma Nota Técnica na qual posiciona-se afirmando que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) não se aplica ao tratamento de informações relativas a indivíduos falecidos (Autoridade Nacional de Proteção de Dados, 2023).

No entendimento de Laura Schertel Ferreira Mendes e Karina Nunes Fritz (2019, p. 208) diante da não regulamentação do tema de maneira explícita pela lei de proteção de dados brasileira, esta não abrange os dados de pessoas falecidas sob o fundamento de que os dados de uma pessoa falecida não estão sujeitos aos mesmos riscos de uma pessoa viva, em que o tratamento dessas informações pode prejudicar suas liberdades fundamentais e seu desenvolvimento livre devido a possíveis representações não consentidas, equivocadas ou discriminatórias.

Entretanto, entende-se que apesar das informações gerados por uma pessoa falecida enquanto estava viva, não serem considerados dados pessoais para a LGPD, e,

consequentemente, não estarem sujeitos ao mesmo nível de proteção estabelecido por esta lei, não significa que eles não mereçam proteção, considerando que violações dos direitos de personalidade do indivíduo podem ocorrer mesmo após sua morte, o que implica em consequências indiretas aos seus entes mais próximos e gerando insegurança jurídica no país.

As plataformas digitais buscam disciplinar a proteção dos dados pessoais *post mortem*, como por exemplo o facebook concede que o usuário em vida escolha o destino de seus dados após se falecimento, apresentando opções ao mesmo (FACEBOOK). O Twitter permite que um familiar, guardião legal ou representante exclua a conta da rede social do falecido através de um formulário a ser preenchido (TWITTER). Já o aplicativo WhastApp remove as contas dos usuários que estiverem inativos por mais de 120 dias (WHATSAPP).

Entretanto, mesmo com as condições estabelecidas pelas plataformas digitais, não existe na legislação ou na jurisprudência um consenso em relação ao destino dos dados, à permissão para seu processamento ou exclusão, bem como à proibição de acesso e coleta. Além disso, a doutrina também não é pacífica em relação a proteção desses ativos digitais *post mortem*.

No entendimento de Lilian Edwards e Edina Harbinja (2013) apesar da garantia formal de proteção dos dados pessoais dos falecidos, é certo que a abordagem deve ser mais rigorosa perante a Lei, e não apenas delimitar as disposições em plataformas digitais, sendo incontestável que a falta de parâmetros normativos específicos gera insegurança jurídica nesse contexto.

Na jurisprudência, tem se tornado comum o acesso a bancos de dados após a morte de uma pessoa, seja para reconhecer ou excluir direitos. Por exemplo, é frequente que o tribunal ordene o acesso a bancos de dados da Receita Federal, planos de saúde e ainda a quebra de sigilo bancário do falecido. Essas medidas visam verificar se há vínculos de dependência econômica ou de relações afetivas entre autor e o falecido (Menezes Júnior, 2021).

Portanto, é possível investigar a intimidade, o segredo, a honra e outros aspectos relacionados ao falecido por meio de seus dados pessoais, sendo indiscutível a relevância de proteger esses registros após a morte. Sendo crucial considerar a privacidade e a intimidade do falecido, pois suas informações podem ser acessadas por familiares, revelando dados que o próprio indivíduo talvez desejasse manter em sigilo quando estava em vida (Menezes Júnior, 2021).

Apesar do CC/02 também não possuir uma previsão expressa no que tange a tutela após a morte, entende-se que mesmo após a morte de uma pessoa, os vestígios de sua personalidade permanecem e podem ser protegidos pelos afetados indiretamente, isto é, pessoas que eram próximas ao falecido quando era vivo, como familiares e admiradores deste. Dessa forma, nos casos em que os direitos de personalidade do falecido são violados, ocorrem danos diretos aos familiares e também danos indiretos ou em cascata, que afetam o falecido e repercutem naqueles que a lei reconhece como legitimados (Tartuce, 2023).

Neste contexto, o CC/02 estabelece em seu artigo 12, parágrafo único e artigo 20, parágrafo único, certo reconhecimento aos direitos da personalidade ao morto, pois possibilitou aos legitimados (cônjuge, ascendentes, descendentes, colaterais até quarto grau e qualquer parente em linha reta) o ingresso em juízo para que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade do morto, bem como reclamar perdas e danos (Tepedino; Oliva, 2023). Em outras palavras, a salvaguarda da memória, imagem, honra e dos elementos que compõem os direitos da personalidade continua existindo mesmo após a morte do titular.

Apesar do caráter de intransmissibilidade dos direitos de personalidade, é amplamente reconhecido que os efeitos jurídicos dos direitos personalíssimos podem ter repercussões futuras, mesmo após a morte do titular, sendo nesses termos que o CC/02 resguarda a proteção de alguns desses direitos *post mortem* através dos legitimados, para que adotem as medidas necessárias, a fim de interromper, remediar ou inibir a ação, objetivando garantir que o interesse social e a efetividade dos direitos personalíssimos sejam observados na aplicação do direito (Schreiber, 2020).

Embora não haja uma padronização na abordagem de outros países em relação a proteção de dados pessoais deixados por uma pessoa falecida, é possível observar um padrão consistente na transferência desses ativos para os herdeiros do indivíduo em questão. Isso demonstra uma compreensão de que, assim como ocorre com os direitos de personalidade, são os herdeiros os principais interessados em garantir o tratamento adequado desses dados, o que a doutrina designa como herança digital.

Abrangendo a mesma linha jurídica estabelecida por outros países e devido à ausência de proteção legislativa, averigua-se a viabilidade de ampliar a proteção estabelecida pela LGPD, que abrange os dados pessoais de indivíduos vivos, para incluir também os dados de pessoas falecidas. Considerando que o Código Civil de 2002 certamente não abrange os dados pessoais de uma pessoa falecida, mas pode respaldar a pretensão de interromper o tratamento desses dados quando ocorrer violação aos direitos da personalidade que foram titularizados em vida (Chizzotti; Kramel, 2020).

Bruno Zampier (2021) entende que mesmo que hipoteticamente o ordenamento processual argumentasse que já fornece proteção dos dados pessoais de uma pessoa falecida diante da existência de uma cláusula geral de proteção humana, defendendo ser desnecessária a criação de regramento específico sobre o tema, em tempos de sociedade da informação, é de extrema relevância o questionamento de haver legislação suficiente para prefinir e combater danos inerentes ao mundo digital.

Embora a legislação não acompanhe o ritmo acelerado das inovações tecnológicas, através da implementação da LGPD, percebe-se a necessidade de regulamentar o tratamento e acesso aos dados pessoais da pessoa falecida, a fim de preencher a lacuna existente na lei e cessar com a insegurança jurídica que permeia o tema (Menezes Júnior, 2021).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, fica evidente que a proteção dos dados pessoais de pessoas falecidas constitui um desafio complexo e multifacetado para o ordenamento jurídico brasileiro. A promulgação da LGPD representou um avanço significativo na proteção da privacidade e da autodeterminação informativa, porém, suas disposições não abordam de forma específica o tratamento dos dados post mortem.

A ausência de uma regulamentação clara e abrangente sobre essa matéria contribui para a insegurança jurídica e para a vulnerabilidade dos dados pessoais após o falecimento do titular. Urge, portanto, a necessidade de uma reflexão aprofundada e de uma atuação legislativa diligente para preencher essa lacuna e garantir a proteção adequada dos direitos de personalidade, mesmo após a morte.

Portanto, a hipótese desta pesquisa é de que se torna imperativo considerar o acervo digital do indivíduo falecido por meio da implementação de uma regulamentação que garanta a proteção de seus direitos personalíssimos, protegendo sua intimidade e privacidade. Somente por meio de uma abordagem abrangente e proativa será possível enfrentar os desafios emergentes no contexto da proteção de dados post mortem e garantir uma tutela efetiva dos direitos de personalidade na sociedade digital contemporânea.

Além disso, é fundamental destacar a importância da conscientização e da educação digital da população sobre a relevância da proteção de dados pessoais, inclusive após o falecimento. A disseminação de informações sobre os direitos de personalidade e os mecanismos disponíveis para a gestão e proteção dos dados post mortem pode contribuir para uma maior conscientização e empoderamento dos indivíduos e de seus familiares.

Por fim, diante dos desafios apresentados, a atuação conjunta dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, juntamente com a participação da sociedade civil e dos órgãos reguladores, é essencial para promover avanços significativos na proteção dos dados pessoais de pessoas falecidas. Somente por meio de um esforço coletivo e coordenado será possível estabelecer um arcabouço normativo robusto e eficaz que garanta a proteção dos direitos de personalidade e a preservação da dignidade humana em todas as fases da vida, inclusive após o término da existência física.

REFERÊNCIAS

- AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. Memorial no Portal Web da Polícia Rodoviária Federal. **Autoridade Nacional de Proteção de Dados**, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/NotaTecnica3CGF.ANPD.pdf>. Acesso em: 14 out. 2023.
- BIONI, B. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- BITTAR, E. C. B.; SARLET, G. B.; SARLET, I. W. **Inteligência artificial, proteção de dados pessoais e responsabilidade na era digital**. São Paulo: Expressa Jur, 2022
- BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso: em abr. 2022.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso: em abr. 2022.
- BULGARIA. Bulgarian Personal Data Protection Act. **Bulgária**, 2019. Disponível em: <https://www.linklaters.com/pt-br/insights/data-protected/data-protected---bulgaria#:~:text=National%20Legislation,-General%20data%20protection&text=The%20Bulgarian%20Personal%20Data%20Protection,on%206%20D0%9Ectober%202023.&text=The%20GDPR%20has%20applied%20since,effect%20from%201%20March%202019>. Acesso em: 18 mar. 2024.
- CHIZZOTTI, C.; KRAMEL, K. A Proteção de dados de pessoas falecidas. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/chizzotti-kramel-protECAo-dados-pessoas-falecidas/>. Acesso em: 19 mar. 2024.
- DONEDA, D. **O direito fundamental à proteção de dados pessoais**. In: GUILHERME MAGALHÃES MARTINS; JOÃO VICTOR ROZATTI LONGHI. (Org.). **Direito Digital: direito privado e internet**. 4. ed. - Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 127-156.
- DIEDRICH, E. S.; SILVA, E. D.; CARLOS, I. B. T. **Repersonalização e Hibridização da Personalidade Através da Tecnologia de Inteligência Artificial: Alguns Impactos Jurídicos**. In: ANDRESSA PASSIG; CAMILA SOARES CAVASSIN JAYME; JOYCE FINATO PIRES. (Org.). **Direitos Fundamentais e Novas Tecnologias Estudos em Homenagem ao Prof. Marco Berberi**. 1. ed. Curitiba: Editora Íthala, 2023, p. 283-302.
- DONEDA, D. C. M. **Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ESTÔNIA. Personal Data Protection Act. Riigikogu. **Estônia**, 2018. Disponível em: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523012019001/consolide>. Acesso em: 18 mar. 2024.

EDWARDS. Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting post-mortem privacy: Reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. **Cardozo Arts & Entertainment Law Journal**. v. 32. maio/2013. p. 103. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2267388. Acesso em: 01 fev. 2024.

FACCHINI NETO, E.; Demoliner, K. S. Direito à privacidade e novas tecnologias: Breves considerações acerca da proteção de dados pessoais no Brasil e na Europa. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Portugal, nº VII, 2018. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/243>. Acesso em: 03 out. 2023.

FACEBOOK. Your Digital Legacy. **Facebook**. Disponível em: https://www.facebook.com/help/660987010672165#faq_1568013990080948. Acesso em: 18 mar. 2024.

FACHIN, Z. A. O direito fundamental à proteção de dados pessoais: análise da decisão paradigmática do STF na ADI 6.387-DF. **Revista Videre**, v. 14. N. 29, p. 298-313, 2022. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/167339>. Acesso em: 01 fev. 2024.

FRITZ, K. **Herança digital: Quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido?**. In: GUILHERME MAGALHÃES MARTINS; JOÃO VICTOR ROZATTI LONGHI. (Org.). *Direito Digital: direito privado e internet*. 4. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 433-466.

GUERRA, C. de R. O *Big Data* e a proteção aos direitos da personalidade. **Revista de Artigos Científicos**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 345–360, 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/v11n22019_sumario.html. Acesso em: 18 mar. 2024.

G1. Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber. 2021. **G1**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>. Acesso em: 18 mar. 2024.

LIMBERGER, T. **Informação em rede: uma comparação da lei brasileira de proteção de dados pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu**. In: GUILHERME MAGALHÃES MARTINS; JOÃO VICTOR ROZATTI LONGHI. (Org.). *Direito Digital: direito privado e internet*. 4. ed. - Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 593-634.

LUGATI, L. N.; ALMEIDA, J. E. DE. A LGPD e a construção de uma cultura de proteção de dados. **Revista de Direito**, v. 14, n. 01, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/13764/7380>. Acesso em: 03 out. 2023.

MAYER-SCHONBERGER, V.; CUKIER, K. **Big data: the essential guide to work, life and learning in the age of insight**. New York: Houghton Mifflin Harcourt, 2017.

MENDES, L. S. F.; FRITZ, K. N. Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. **RDU**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, 2019, p. 188-211, jan/fev 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>. Acesso em: 01 dez. 2023.

MENEZES JÚNIOR, G. A. Proteção post mortem de registro de dados pessoais e os direitos da personalidade do de cujus. **Conteúdo Jurídico**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56335/proteo-post-mortem-de-registro-de-dados-pessoais-e-os-direitos-da-personalidade-do-de-cujus>. Acesso em: 18 mar. 2024.

OLIVEIRA, R. S. de; BARROS, B. M. C. de; PEREIRA, M. do N. O direito à privacidade na internet: desafios para a proteção da vida privada e o direito ao esquecimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, v. 70, p. 561-594, 2017. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/reader/c5f6ab43238be6e457aad29bd00ac3e89a27979f>. Acesso em: 03 out. 2023.

PINHEIRO, P. P. **Proteção de dados pessoais: comentários à lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

REIS, E. V. B.; NAVES, B. T. O. O meio ambiente digital e o direito à privacidade diante do Big Data. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 17, n. 37, p. 145-167, 2020. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1795>. Acesso em: 01 fev. 2024.

ROMANSKY, R. Digital age and personal data protection. **International Journal on Information Technologies & Security**, v. 14, n. 3, p. 89-100. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/362695987_DIGITAL_AGE_AND_PERSONAL_DATA_PROTECTION. Acesso em: 19 mar. 2024.

SANKIEVICZ, A. A herança digital nos EUA e na Europa: os direitos à privacidade e à herança. **Consultor Jurídico**, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-06/alexandre-sankievicz-heranca-digital-eua-europa/>. Acesso em: 19 mar. 2024.

SÃO PAULO. Projeto de Lei 4060/2012. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, e dá outras providências. **Portal da Câmara dos Deputados**, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 19 mar. 2024.

SARLET, I. W. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado direito ao esquecimento no Brasil. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 19, n. 2, p. 491-530, 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/14945?mode=full>. Acesso em: 03 out. 2023.

SARLET, I. W. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 14, n. 42, p. 179-218, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875/985>. Acesso em: 03 out. 2023.

SCHREIBER, A. **Manual de Direito Civil: Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação S.A., 2020.

TARTUCE, F. **Direito Civil: Lei de Introdução e Parte Geral**. v.1. 19. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense Ltda., 2023.

TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. **Fundamentos de Direito Civil: Teoria Geral do Direito Civil**. v.1. Rio de Janeiro: Editora Forense Ltda., 2023.

TOMASEVICIUS FILHO, E. Inteligência artificial e direitos da personalidade: uma contradição em termos?. **Revista da Faculdade de Direito São Paulo**, São Paulo, v. 113, p. 133-149, 2018. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156553/152042>. Acesso em: 03 out. 2023.

TWITTER. Como entrar em contato com o Twitter para falar de um usuário falecido ou sobre conteúdo multimídia relacionado a um familiar falecido. **Twitter**. Disponível em: <https://support.twitter.com/articles/416226?lang=pt>. Acesso em: 18 mar. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016. **União Europeia**, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32016R0679>. Acesso em: 18 mar. 2024.

WHATSAPP. Sobre a eliminação de contas inativas. **WhatsApp**. Disponível em: https://faq.whatsapp.com/828406668498455/?locale=pt_PT. Acesso em: 18 mar. 2024.

ZAMPIER, B. **Bens digitais. Cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Foco, 2021.

2

DOI: 10.5281/zenodo.13171933

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

LOPES, Aline Stephany Soares.
Transformações da contemporaneidade:
O papel da tecnologia na gentrificação.
Revista Insigne de Humanidades, Natal,
v. 1, n.2, p. 20-39. maio/ago. 2024.

Recebido em: 08/05/2024

Aprovado em: 18/05/2024

Transformações da contemporaneidade: o papel da tecnologia na gentrificação

Transformations of Contemporaneity: The Role of Technology in Gentrification

Aline Stephany Soares Lopes¹

Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS.

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5400316201131384>.

 E-mail: alinstephany.torre@gmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 REFERENCIAL TEÓRICO. 2.1 CONTEXTUALIZANDO A GENTRIFICAÇÃO. 2.2 O PAPEL DA TECNOLOGIA NA INTENSIFICAÇÃO DA GENTRIFICAÇÃO. 2.3 POTENCIAIS ESTRATÉGIAS PARA MITIGAR OS IMPACTOS NEGATIVOS DA GENTRIFICAÇÃO. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais CESCAGE. Pós-Graduada em Direito e Negócios Imobiliários pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5400316201131384>. E-mail: alinstephany.torre@gmail.com.

RESUMO:

O estudo aborda a influência da tecnologia no processo de gentrificação, fenômeno urbano que transforma áreas degradadas em espaços valorizados, frequentemente resultando na substituição de moradores de baixa renda por classes mais abastadas. A pesquisa destaca como inovações tecnológicas, incluindo plataformas digitais e sistemas de transações imobiliárias, têm acelerado a gentrificação em diversas cidades brasileiras. Utilizando uma abordagem qualitativa e descritiva, o trabalho examina as implicações sociais, econômicas e culturais desse processo, enfatizando a necessidade de políticas públicas que garantam acesso justo à moradia e proteção dos direitos das comunidades afetadas. A análise revela que, embora a tecnologia possa facilitar o desenvolvimento urbano, ela também intensifica as desigualdades sociais, deslocando populações vulneráveis. Conclui-se que é crucial implementar estratégias de mitigação, como a regulamentação de aluguéis e a promoção de habitação acessível, para assegurar um desenvolvimento urbano mais inclusivo e equitativo.

Palavras-chave:

Gentrificação. Tecnologia. Desenvolvimento urbano. Desigualdade social. Brasil.

ABSTRACT:

The study addresses the influence of technology on the gentrification process, an urban phenomenon that transforms degraded areas into valuable spaces, often resulting in the displacement of low-income residents by wealthier classes. The research highlights how technological innovations, including digital platforms and real estate transaction systems, have accelerated gentrification in various Brazilian cities. Using a qualitative and descriptive approach, the paper examines the social, economic, and cultural implications of this process, emphasizing the need for public policies that ensure fair access to housing and protect the rights of affected communities. The analysis reveals that while technology can facilitate urban development, it also intensifies social inequalities, displacing vulnerable populations. It concludes that it is crucial to implement mitigation strategies, such as rent regulation and the promotion of affordable housing, to ensure a more inclusive and equitable urban development.

Keywords:

Gentrification. Technology. Urban development. Social inequality. Brazil.

1 INTRODUÇÃO

A gentrificação é um fenômeno urbano que envolve melhorias físicas, materiais e mudanças sociais, econômicas e culturais em áreas urbanas antigas, resultando em uma elevação do seu prestígio. Este processo, predominantemente observado nos países industrializados após a década de 1970, é marcado pela substituição de moradores de baixa renda por uma classe média com maiores recursos financeiros. Essa transformação é acompanhada por investimentos em habitação, comércio e infraestrutura, resultando em mudanças significativas no mercado imobiliário e no tecido urbano, influenciadas por proprietários, promotores imobiliários, governos locais e instituições financeiras.

Entretanto, em um contexto contemporâneo, a crescente relevância da tecnologia na vida urbana impulsiona a necessidade de compreender como os avanços tecnológicos influenciam os processos de gentrificação e suas implicações sociojurídicas. A proliferação de aplicativos, plataformas digitais e sistemas inteligentes tem desempenhado um papel significativo na transformação das cidades, influenciando tanto as dinâmicas sociais quanto os padrões de desenvolvimento urbano. Essa influência da tecnologia na gentrificação levanta questões importantes sobre justiça social, acesso à moradia e proteção dos direitos das comunidades afetadas.

Nessa linha de raciocínio, nota-se que a problemática central desta pesquisa é, portanto, compreender os efeitos dos avanços tecnológicos nos processos de gentrificação e suas implicações sociais. Esta questão não apenas reflete uma emergência na tratativa, mas também destaca a importância em orientar políticas públicas e práticas sociojurídicas que garantam o acesso justo à moradia e protejam os direitos das populações afetadas. Ademais, busca-se responder à seguinte pergunta: de que maneira os avanços tecnológicos influenciam os processos de gentrificação e quais são as suas ramificações sociais?

Como justificativa, percebe-se que o fenômeno da gentrificação, juntamente com os avanços tecnológicos, desempenha um papel crucial na configuração dos espaços urbanos contemporâneos e nas dinâmicas socioeconômicas das comunidades urbanas. A compreensão dessas interações é fundamental diante da complexidade e das repercussões significativas que podem afetar as populações locais, especialmente as de baixa renda. Além disso, a lacuna identificada na literatura jurídica ressalta a necessidade premente de uma análise aprofundada sobre como a tecnologia influencia os processos de gentrificação e suas implicações sociais. Tal investigação não apenas contribuirá para preencher essa lacuna de conhecimento, mas também oferecerá percepções para elaborar novas políticas públicas e práticas jurídicas que promovam a justiça social e protejam os direitos das comunidades afetadas.

De modo geral, o presente objetiva examinar o papel da tecnologia nas transformações socioespaciais decorrentes da gentrificação. De modo específico, visa-se (a) investigar como a tecnologia pode intensificar os processos de gentrificação; (b) analisar os impactos sociais, econômicos e culturais da tecnologia no contexto da gentrificação; (c) identificar potenciais estratégias que podem ser adotadas para lidar com os impactos negativos da gentrificação mediada pela tecnologia; e (d) proporcionar percepções relevantes para embasar políticas públicas que visem promover a justiça social e proteger os direitos das comunidades afetadas pela gentrificação.

Quanto à metodologia, sua divisão em diversos elementos é possível, tais como: natureza, tipo, objetivo, método, abordagem e procedimentos técnicos. Nesse sentido, é evidente que esta pesquisa adotará uma abordagem voltada para o aspecto social, uma vez que esse enfoque oferece soluções para os desafios complexos enfrentados pelas sociedades. Para tanto, será empregado o método dedutivo, por meio de uma abordagem qualitativa e descritiva, baseada na análise bibliográfica e documental. Esta análise incluirá a revisão de literaturas contemporâneas, a consulta à legislação nacional relevante, bem como a análise de jurisprudências e decisões pertinentes.

Estruturalmente, o trabalho será dividido em cinco partes principais: introdução, referencial teórico com três subseções, tal como “contextualizando a gentrificação”, “o papel da tecnologia na intensificação da gentrificação”, “potenciais estratégias para mitigar os impactos negativos da gentrificação” e a conclusão. Cada seção abordará aspectos específicos relacionados ao tema, culminando em uma análise abrangente do papel da tecnologia na gentrificação.

Como resultados, espera-se que esta pesquisa ofereça uma análise completa do impacto da tecnologia nos fenômenos de gentrificação, contribuindo para o desenvolvimento de políticas mais eficazes e medidas sociojurídicas que visem garantir a justiça social e proteger os direitos das comunidades impactadas.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

Nesta seção, apresenta-se um embasamento teórico abrangente com o intuito de fundamentar a análise da interação entre tecnologia e gentrificação. A seção é subdividida em três subseções para contextualizar a gentrificação, abordando sua definição e características do ponto de vista urbano, examinar o papel da tecnologia na intensificação da gentrificação, investigando como os avanços tecnológicos prejudicam a amplificação urbana, bem como discutir quais são as estratégias potenciais para mitigar os efeitos negativos da gentrificação, apresentando possíveis abordagens e soluções para reduzir os impactos adversos da gentrificação nas comunidades afetadas.

2.1 CONTEXTUALIZANDO A GENTRIFICAÇÃO

A gentrificação é um fenômeno complexo que tem atraído crescente interesse nos âmbitos acadêmico, político e social. Essa dinâmica refere-se à transformação de áreas urbanas anteriormente degradadas ou historicamente habitadas por populações de baixa renda em espaços revitalizados e de maior valorização imobiliária, muitas vezes acompanhadas pela migração de grupos socioeconômicos mais abastados.

É "a versão aportuguesada do inglês britânico *gentrification*, tem sua origem etimológica na palavra "*gentry*" que deriva do inglês antigo "*gentri*", traduzindo o sentido de "nobreza", "classe alta" e "pequena nobreza". Essa expressão foi criada e utilizada pela primeira vez pela socióloga britânica Ruth Glass (1912-1990) e consagrada na obra "London: Aspects of Change" em 1964 para tratar sobre as transformações urbanas de Londres (Alcântara, 2018).

Glass cunhou o termo para descrever o processo de revitalização de áreas urbanas degradadas, geralmente bairros operários, que atraem uma população mais abastada, muitas vezes resultando na expulsão dos moradores de baixa renda. Isso ocorre devido ao aumento gradual dos aluguéis e da qualidade de vida, obrigando os moradores a buscar moradia em outras localidades (Bidou-Zachariassen, 2006).

Neil Smith (1964-2012), geógrafo urbano e teórico marxista, expandiu o estudo da gentrificação, argumentando que era intrinsecamente ligada ao capitalismo urbano. Para Smith, a gentrificação era uma forma de valorização do capital imobiliário, na qual investidores buscavam lucrar com a revitalização de áreas urbanas, resultando na expulsão de moradores de baixa renda devido ao aumento dos preços dos aluguéis e imóveis (Mitchell; Bomfim; Cavalcante; Fernandes, 2022).

Sharon Zukin (1946), socióloga urbana reconhecida, estudou a gentrificação em contextos urbanos contemporâneos, especialmente em Nova York. Zukin ampliou a compreensão da gentrificação, destacando suas implicações culturais e simbólicas além das dimensões econômicas e materiais (Zukin, 1987).

Ao contrário de abordagens puramente econômicas, Zukin argumentou que a gentrificação não era apenas um fenômeno de transformação física das áreas urbanas, mas também uma reconfiguração das identidades e dinâmicas sociais das comunidades locais. Ela enfatizou como a chegada de novos residentes, muitas vezes mais ricos e culturalmente distintos, alterava a paisagem cultural e social dos bairros gentrificados.

Zukin explorou como a gentrificação pode levar à perda da identidade local e à descaracterização das comunidades, à medida que espaços historicamente significativos são substituídos por estabelecimentos comerciais modernos e padronizados. Além disso, ela examinou como as mudanças na composição demográfica e cultural das áreas gentrificadas podem criar tensões e conflitos entre os novos e antigos residentes.

Outro fator que também deve ser observado, é que a gentrificação, enquanto fenômeno urbano, passa por fases distintas, frequentemente descritas e identificadas como "ondas" de desenvolvimento, cada uma caracterizada por padrões distintos de desenvolvimento e impacto socioeconômico. As "ondas da gentrificação" são conceitos teóricos que descrevem os estágios pelos quais um bairro ou área urbana passa durante o processo de gentrificação.

As ondas da gentrificação servem como uma estrutura analítica para entender a evolução desse processo ao longo do tempo e identificar padrões comuns. Embora as características específicas de cada onda possam variar dependendo do contexto urbano, elas geralmente abrangem aspectos como a chegada de pioneiros (primeira onda), investimento de capital e desenvolvimento comercial (segunda onda), migração de classe média e aumento dos preços dos imóveis (terceira onda), estabilização e institucionalização das mudanças (quarta onda), e, por fim, conflitos e deslocamento (quinta onda).

A primeira onda de gentrificação é caracterizada pela chegada de pioneiros, marcada por grupos criativos de classe média, como artistas e profissionais liberais, que se estabelecem em áreas degradadas, atraídos por aluguéis acessíveis e uma atmosfera culturalmente rica. Este período, que pode durar de alguns anos até uma década, é marcado pela revitalização de bairros negligenciados, impulsionando a valorização imobiliária e a expulsão gradual de moradores de baixa renda. A transformação é inicialmente mais cultural e social e menos visível em termos de desenvolvimento físico (Rangel, 2015; Ribeiro, 2016; Ribeiro, 2024; Bidou-Zachariassen, 2006).

A segunda onda de gentrificação é marcada pelo investimento de capital e desenvolvimento comercial. Conforme as áreas começam a ganhar uma identidade cultural mais definida, elas atraem a atenção de investidores e desenvolvedores. Este período é caracterizado por um aumento significativo no desenvolvimento de negócios e na reforma de propriedades. Cafés, lojas e outros serviços começam a proliferar, elevando o perfil do bairro e começando a mudar sua demografia para um público mais abastado. Após a chegada dos pioneiros, esta onda pode se estender por 5 a 15 anos (Rangel, 2015; Ribeiro, 2016; Ribeiro, 2024; Bidou-Zachariassen, 2006).

A terceira onda de gentrificação destaca-se pela migração de classe média e pelo aumento dos preços dos imóveis. Este período vê um influxo substancial de novos residentes, geralmente famílias de classe média e profissionais jovens, atraídos pela "vibração" da área e pelas melhorias em infraestrutura. Os preços dos imóveis começam a subir significativamente, o que pode pressionar os residentes originais e de menor renda. Esta fase marca uma mudança significativa na estrutura socioeconômica do bairro e também pode durar entre 5 a 15 anos, frequentemente sobrepondo-se à segunda onda (Rangel, 2015; Ribeiro, 2016; Ribeiro, 2024; Bidou-Zachariassen, 2006).

A quarta onda é onde a gentrificação começa a estabilizar e é chamada de estabilização e institucionalização das mudanças. As mudanças na área são consolidadas, e infraestruturas mais permanentes e instituições são estabelecidas. A área agora é considerada "chique" e "estabelecida", atraindo uma demografia ainda mais rica. As políticas públicas podem começar a se adaptar a esta nova realidade, muitas vezes com um foco em manter o caráter revitalizado do bairro, enquanto tentam mitigar os efeitos do deslocamento. A quarta onda pode ocorrer ao longo de uma década ou mais (Viana, 2017; Ribeiro, 2016).

Na última fase, os efeitos da gentrificação podem se tornar mais polarizados, chamando-se de conflitos e deslocamento. Enquanto alguns residentes desfrutam dos benefícios de um bairro seguro e bem desenvolvido, outros podem enfrentar o deslocamento devido ao aumento insustentável dos custos de vida. Conflitos podem surgir entre os moradores de longa data e os novos, e questões sobre a inclusão e justiça social se tornam mais pronunciadas. Esta fase pode exigir intervenções políticas direcionadas para garantir que os benefícios do desenvolvimento sejam mais equitativamente distribuídos. A duração desta onda é difícil de prever e pode ser indeterminada, pois depende das respostas sociais e políticas ao deslocamento e aos conflitos gerados pela gentrificação (Cruvinel, 2024).

Essas ondas não apenas ajudam a compreender a gentrificação como um processo dinâmico, mas também fornecem percepções sobre os impactos sociais, econômicos e culturais que podem ocorrer em diferentes estágios. Além disso, auxilia pesquisadores, urbanistas e formuladores de políticas a desenvolver estratégias para abordar os desafios e oportunidades associados à gentrificação, garantindo um desenvolvimento urbano mais inclusivo e equitativo.

Apesar da evolução do termo "gentrificação" ao longo do tempo, passando de perspectivas marxistas para teorias pós-modernas, a essência do conceito permanece a mesma. Ele descreve o movimento de indivíduos das classes dominantes para áreas habitadas por comunidades de baixa renda, o que transforma os cenários urbanos e promove a marginalização dessas comunidades devido à falta de investimento estatal. A chegada desses novos residentes aumenta a demanda por serviços e comércios, elevando o valor econômico da área, os preços dos imóveis, e deslocando os moradores originais, muitas vezes de grupos vulneráveis. Esses moradores, incapazes de suportar os custos crescentes, são forçados a se mudar, reduzindo a diversidade social no bairro (Silva; Martins; Fernandes, 2021).

Em outras palavras, a gentrificação é um processo socioespacial marcado pela valorização de áreas urbanas. Esse processo socioespacial ou a segregação socioespacial, por sua vez, é um processo que fragmenta as classes sociais em espaços distintos de uma determinada cidade, o que faz com que o cotidiano das pessoas que ali residem seja marcado por inseguranças, moradias precárias, falta de infraestrutura, falta de acesso a serviços básicos, lazer e conseqüentemente, violência (Cavalcanti; Araujo, 2017).

Isto é, o processo de gentrificação ocorre por meio de melhorias nas estruturas urbanas, especialmente na infraestrutura física, mas também nos âmbitos social e econômico, atingidos pela valorização de determinada área urbana. Essa valorização urbana gera uma de

atração novos moradores para a região, no geral com maior poder aquisitivo, e, em contrapartida, uma repulsão de moradores antigos, que não conseguem acompanhar o aumento do custo de vida, fazendo com que exista uma “requalificação” do conteúdo social urbano, tornando o espaço mais rico.

À título de exemplo, mas não se restringindo apenas a este, vale lembrar do Projeto Cidade Olímpica implementado no Rio de Janeiro/RJ para os Jogos da XXXI Olimpíada Rio 2016, no qual a preparação para os Jogos Olímpicos gerou grandes transtornos para milhares de famílias. As obras de construção de arenas olímpicas e reurbanização resultaram na remoção forçada de muitas famílias para dar lugar ao início das obras olímpicas.

Há quem diga que existem “benefícios” para essas famílias como o recebimento de indenização. Contudo, o desafio reside no fato de que essa compensação financeira, calculada com base na avaliação material dos danos, costuma ser insignificante, considerando a condição de pobreza e a situação irregular da maioria das comunidades deslocadas, além dos reflexos significativos em suas relações sociais, familiares e profissionais.

Na Figura 01, o Projeto Cidade Olímpica implementado no Rio de Janeiro/RJ para os Jogos da XXXI Olimpíada Rio 2016, o qual cominou na saída de diversas famílias:

Figura 01. Projeto Cidade Olímpica no Rio de Janeiro/RJ.



Fonte: Sasaki, 2017; Vinicius, 2016.

Diante da análise do mapa, é possível identificar círculos azuis que indicam os locais principais para as competições dos Jogos Olímpicos, enquanto os pontos laranjas marcam as áreas urbanas de onde ocorreram desocupações forçadas. Ícones de edifícios representam os conjuntos habitacionais do programa Minha Casa Minha Vida. As linhas brancas no mapa mostram as áreas de origem e os destinos dos moradores deslocados, destacando que muitos foram realocados para regiões periféricas do Rio de Janeiro, áreas com maior oferta de empregos.

Desde que o Rio de Janeiro foi escolhido como sede dos Jogos Olímpicos de 2016, estima-se que cerca de 77.000 pessoas foram removidas da Vila Autódromo, conforme reportado pelo Mapa Rio Jogos da Exclusão do Comitê Popular da Copa e das Olimpíadas. O estudo revela várias violações de direitos humanos, incluindo remoções forçadas, infrações trabalhistas, danos ambientais, militarização de comunidades e homicídios decorrentes de operações policiais. Mais de 22 mil famílias foram deslocadas pela cidade, resultando em aproximadamente 77 mil pessoas desabrigadas. Dentre essas, apenas 20 famílias receberam casas construídas pela Prefeitura do Rio de Janeiro até 2014 (Vinicius, 2016).

Na Figura 02, imagens do Rio de Janeiro que também refletem a triste realidade de milhares de pessoas no Brasil e no mundo.

Figura 02. Vila Autódromo no Rio de Janeiro/RJ



Fonte: Sasaki, 2017.

A Favela do Metrô-Mangueira, situada na Zona Norte do Rio de Janeiro, foi demolida pouco antes da Copa do Mundo de 2014, sem uma justificativa oficial por parte das autoridades, além do alegado "interesse público" associado aos lucros dos megaeventos. Localizada a menos de 700 metros do Estádio do Maracanã, a favela estava próxima aos locais das cerimônias de abertura e encerramento dos eventos (Lisboa, 2014; Vilela; Konchinski, 2014).

Na Figura 03, imagens da Favela do Metrô-Mangueira no Rio de Janeiro no processo de construção do Projeto Cidade Olímpica, removida sem uma “explicação clara”:

Figura 03. Favela do Metrô-Mangueira, removida sem uma “explicação clara”.



Fonte: Lisboa, 2014; Vieira, 2014.

Embora os exemplos de gentrificação variem, este caso específico destaca como o fenômeno pode afetar e transformar espaços urbanos, impactando tanto a infraestrutura física quanto os aspectos sociais e econômicos. A valorização de áreas urbanas atrai novos residentes e turistas de maior poder aquisitivo, enquanto os moradores antigos são forçados a se deslocar devido ao aumento do custo de vida. Esse processo resulta em uma "requalificação" do tecido social urbano, tornando o espaço mais diversificado em termos socioeconômicos (Vieira, 2014; Vilela; Konchinski, 2014).

Assim, tendo em vista que esta seção busca fornecer uma compreensão abrangente da gentrificação, abordando seu conceito, surgimento, características, principais pensadores e exemplo, passa-se a observar o papel da tecnologia na intensificação da gentrificação.

2.2 O PAPEL DA TECNOLOGIA NA INTENSIFICAÇÃO DA GENTRIFICAÇÃO

A relação entre gentrificação e tecnologia é indiscutível, uma vez que essa impulsiona a transformação do mercado imobiliário global. O rápido avanço tecnológico, desde sua introdução na década de 1990 com a emergência da internet de alta velocidade, até a chegada das redes sociais nos anos 2000, bem como o surgimento de plataformas de locação e venda de imóveis como Quinto Andar, Vivareal, ZAP Imóveis, *Airbnb*, tornam as áreas urbanas mais atrativas para investimentos imobiliários (Lees; Slater; Wylly, 2008; Morales, 2009).

Isso resulta no fomento dessas áreas e na inauguração de empreendimentos em territórios antes inexplorados, o que, conseqüentemente, atrai uma população com maior

poder aquisitivo. Esse fomento se dá, tanto pelo setor privado quanto pelo interesse público, os quais desempenham um papel fundamental na transformação dessas comunidades, muitas vezes investindo em projetos de desenvolvimento urbano e infraestrutura que visem valorizar a região e atrair novos residentes (Zukin, 2010).

No que tange as transações imobiliárias, a tecnologia revoluciona o cenário antes burocrático e demorado, tornando-o mais ágil e dinâmico. A emergência de sites e aplicativos facilita a pesquisa e comparação de imóveis para compra ou locação, mas além disso, introduz tecnologias como a realidade virtual, imagens em 360 graus, drones, inteligência artificial, *chatbots* para atendimentos mais rápidos, *smart contracts*, assinaturas eletrônicas e registros de imóveis online, aliados a estratégias de marketing digital, como anúncios pagos para aumentar a visibilidade, tornam o mercado imobiliário mais acessível e vibrante (Tolentino, 2023; Florida, 2002).

Essas inovações têm um papel crucial ao atrair um grande número de investidores para áreas em transição. Esse influxo de capital contribui diretamente para o aumento dos valores dos imóveis, resultando em mudanças rápidas no cenário urbano. À medida que os preços dos imóveis aumentam, o contexto social, econômico e cultural dessas áreas também se modifica. Com o surgimento de novos empreendimentos e a chegada de uma população mais afluentes, ocorre uma gradual substituição da identidade local e dos estilos de vida tradicionais. Esse fenômeno não apenas reconfigura a paisagem física das comunidades, mas também provoca transformações profundas em sua dinâmica social e cultural. Como resultado, a gentrificação é intensificada, ampliando ainda mais as disparidades socioeconômicas e culturais dentro das cidades (Zukin, 2010).

Entretanto, é importante ressaltar que essas ferramentas, apesar de serem facilitadoras e amplamente utilizadas, acabam por beneficiar apenas investidores, especuladores imobiliários ou aqueles que possuem recursos para estabelecer-se nessas localidades. Isso acarreta impactos negativos sobre as comunidades locais, elevando os preços dos imóveis e forçando o deslocamento das pessoas que residem nessas áreas, como ocorreu no Rio de Janeiro/RJ durante os Jogos da XXXI Olimpíada em 2016 e como ocorre em diversas localidades no Brasil e no mundo (Lisboa, 2014; Vieira, 2014, Sasaki, 2017).

Outro fator crucial na intensificação da gentrificação é a influência do capitalismo, que molda o mercado imobiliário impulsionando a valorização das propriedades e buscando retornos financeiros rápidos e substanciais, muitas vezes às custas das comunidades locais. Assim, a gentrificação surge como uma consequência direta das dinâmicas do mercado, onde áreas urbanas em transição são alvos de investidores em busca de lucro (Smith, 1996; Zukin, 2010).

A tendência das chamadas *smart cities*² também reflete a influência do capitalismo, concentrando-se em soluções tecnológicas para melhorar a qualidade de vida, mas frequentemente beneficiando apenas os grupos mais privilegiados. No entanto, para que essa tendência seja eficaz, é essencial incluir todos os grupos sociais no planejamento urbano, garantindo a todos o acesso aos benefícios e inovações tecnológicas, a fim de evitar discriminação e intensificar a exclusão social, promovendo a participação cidadã na construção das cidades inteligentes (Hollands, 2008; Beck; Boff; Cenci, 2022).

Essencialmente, observa-se uma mercantilização do direito à moradia. Uma transformação contemporânea que oferece o melhor em termos de tecnologia e desenvolvimento urbano de última geração apenas para quem pode pagar ou investir. Em verdade, as consequências da gentrificação, transformam pessoas, necessidades e vulnerabilidades em *leads*³, os tão desejados *leads* que imobiliárias, construtoras, incorporadoras e investidores precisam para transformar histórias de vida em dinheiro.

Para ilustrar concretamente como a tecnologia impulsiona a gentrificação em diferentes contextos urbanos brasileiros, o Quadro 01 destaca regiões específicas no Brasil onde o avanço tecnológico e as inovações no mercado imobiliário têm transformado paisagens urbanas. Ele apresenta exemplos como São Paulo, Recife, e Rio de Janeiro, mostrando como o desenvolvimento de polos tecnológicos e plataformas de aluguel por temporada influenciam diretamente os preços dos imóveis, alteram a dinâmica econômica e social das áreas e impactam as comunidades locais. Esses exemplos servem não apenas para contextualizar a discussão teórica, mas também para evidenciar os efeitos tangíveis da gentrificação impulsionada pela tecnologia nas cidades brasileiras.

² *Smart cities* são áreas urbanas que integram tecnologias digitais avançadas para otimizar serviços e infraestrutura, visando melhorar a sustentabilidade e a qualidade de vida dos moradores. Essas cidades utilizam Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), como Internet das Coisas (IoT), big data e inteligência artificial, para gerenciar eficientemente recursos urbanos e serviços, incluindo tráfego, transporte público, energia e gestão de resíduos. Além da eficiência operacional, as *smart cities* fomentam a participação cívica através de plataformas digitais que permitem aos cidadãos interagir mais diretamente com o governo local. A infraestrutura conectada é outra característica fundamental, com sistemas como iluminação pública inteligente e redes de transporte equipadas com sensores para coleta de dados e automação. Um forte enfoque é colocado na sustentabilidade, com tecnologias que promovem o uso eficiente de recursos naturais e minimizam impactos ambientais. A mobilidade urbana inteligente, por exemplo, utiliza sistemas de gestão de tráfego e aplicativos integrados de transporte para reduzir congestionamentos e melhorar a acessibilidade. Exemplos proeminentes de cidades inteligentes incluem Singapura, Barcelona e Dubai, cada uma implementando soluções inovadoras para enfrentar desafios urbanos, desde a melhoria da conectividade até a transformação digital completa dos serviços públicos.

³ *Leads* para o mercado imobiliário são potenciais clientes interessados em comprar ou alugar imóveis. No contexto de vendas e marketing imobiliário, um lead é geralmente uma pessoa que demonstrou interesse ao fornecer suas informações de contato, como nome, e-mail ou número de telefone, através de um formulário online, uma visita a um evento de casa aberta, ou ao responder a anúncios online. Essas informações permitem que corretores ou empresas imobiliárias entrem em contato com esses potenciais clientes para oferecer mais detalhes sobre os imóveis disponíveis, esclarecer dúvidas e tentar fechar uma venda ou acordo de locação. Gerar leads qualificados é crucial para o sucesso no mercado imobiliário, pois quanto mais direcionado for o lead, maior a probabilidade de ele se converter em uma venda.

Quadro 01. Regiões no Brasil com inovações no mercado imobiliário que têm transformado as paisagens urbanas

Localização	Pontos Chave
São Paulo	Polo Tecnológico de São Paulo: Regiões como Berrini, Faria Lima, Jardins, Chucri Zaidan e Vila Olímpia se tornaram um polo para intenso para a instalação de setores financeiros, indústrias, TI e Telecom, Coworkings, startups e tantos outros, impulsionando o aumento dos preços dos imóveis nas áreas (Balago, 2023).
Recife	Porto Digital em Recife: Este parque tecnológico abriga mais de 350 empresas de TI e economia criativa, influenciando a economia local e o desenvolvimento urbano do bairro do Recife Antigo, resultando em aumento nos preços de aluguéis e deslocamento de residentes de menor renda (Neves, 2023).
Rio de Janeiro (Região Portuária)	Revitalização da Zona Portuária do Rio de Janeiro, incluindo o desenvolvimento de áreas como o Porto Maravilha, coincidiu com investimentos em infraestrutura tecnológica e instalação de empresas de tecnologia, contribuindo para o aumento dos preços dos imóveis e alterações na dinâmica social e econômica (Nelson, 2019).
Rio de Janeiro e São Paulo	Impacto das Plataformas de Aluguel por Temporada: O uso de plataformas como Airbnb em cidades turísticas tem alterado o mercado imobiliário, com um aumento nos preços de aluguéis e redução da disponibilidade de moradia para os residentes locais (Overstreet, 2023).

Fonte: Adaptação do Autor (Balago, 2023; Neves, 2023; Nelson, 2019; Overstreet, 2023).

Portanto, é essencial reconhecer que por trás do processo de gentrificação há histórias humanas e necessidades reais que muitas vezes são subjugadas em prol do desenvolvimento econômico e do lucro comercial. A revitalização das áreas urbanas sem marginalizar ou deslocar as comunidades existentes, assegurando que o desenvolvimento urbano seja inclusivo e sustentável para todos os seus habitantes, representa sem dúvidas, um desafio significativo.

Diante dessas questões, políticas públicas e estratégias de planejamento urbano devem ser implementadas para garantir que o desenvolvimento tecnológico nas áreas urbanas seja equitativo e inclusivo, promovendo o acesso justo à moradia e aos serviços para todas as comunidades, independentemente de sua condição socioeconômica, razão pela qual, passa-se a observar os potenciais estratégias para mitigar os impactos negativos da gentrificação.

2.3 POTENCIAIS ESTRATÉGIAS PARA MITIGAR OS IMPACTOS NEGATIVOS DA GENTRIFICAÇÃO

Para promover um desenvolvimento urbano mais equitativo e inclusivo, é crucial adotar estratégias eficazes que mitiguem os impactos negativos da gentrificação. Uma das abordagens primordiais envolve a implementação de políticas de habitação acessível, assegurando que populações de baixa renda tenham acesso a moradias de qualidade a preços acessíveis (Hollands, 2008; Beck, Boff & Cenci, 2022).

A expansão de programas como o "Minha Casa Minha Vida", complementada pela introdução de subsídios de aluguel e taxas de juros mais baixas, inspiradas pelo programa

Section 8⁴ dos Estados Unidos, pode oferecer maior flexibilidade na escolha de moradia no mercado privado. Além disso, a adoção de políticas de controle de aluguéis⁵, similares às implementadas em Berlim, conhecidas como *Mietendeckel* ou "tampa de aluguéis" seria uma medida eficaz para moderar aumentos de aluguel e proteger os inquilinos atuais nas grandes cidades brasileiras.

Outra estratégia crítica é o estabelecimento de políticas de zoneamento equitativo. Essas políticas podem proteger bairros historicamente habitados por comunidades de baixa renda contra a especulação imobiliária e a gentrificação descontrolada. Seguindo o exemplo de São Francisco, que exige uma porcentagem de unidades habitacionais acessíveis em novos desenvolvimentos, o Brasil poderia implementar leis municipais que exigissem uma cota de habitação social em todos os novos projetos imobiliários, mantendo assim a diversidade socioeconômica nos bairros (Smith, 1996).

A preservação da identidade cultural dos bairros afetados pela gentrificação é igualmente vital. O programa de Vizinhanças Culturais de Barcelona⁶, que financia projetos que fortalecem a identidade local, oferece um modelo que o Brasil poderia adaptar para apoiar festivais culturais e espaços de arte e centros comunitários, contribuindo para manter a essência cultural dos bairros em transformação (Zukin, 2010).

Investimentos em serviços sociais e infraestrutura são cruciais para melhorar a qualidade de vida de todos os residentes e mitigar as pressões da gentrificação. Inspirando-se

⁴ O programa Section 8, formalmente conhecido como o programa *Housing Choice Voucher*, é um esquema de assistência habitacional federal nos Estados Unidos, administrado pelo Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano dos EUA (HUD). Ele foi criado para ajudar famílias de baixa renda, idosos e pessoas com deficiência a pagar por habitação decente, segura e sanitária no mercado privado. Através do programa *Section 8*, os participantes recebem "vouchers" ou "vale-habitação" que cobrem uma parte significativa do aluguel, permitindo-lhes escolher onde moram. Os participantes pagam aproximadamente 30% de sua renda mensal ajustada em aluguel, enquanto o voucher cobre o restante, até um limite estabelecido pelo HUD. Este limite, conhecido como *Fair Market Rent* (FMR), é determinado pelo HUD para diferentes áreas geográficas e reflete os custos médios de aluguel e utilidades. Os beneficiários do programa podem escolher qualquer tipo de moradia que atenda aos requisitos mínimos de saúde e segurança do programa, o que lhes dá a flexibilidade de morar em bairros de sua escolha, incluindo áreas que podem oferecer melhores oportunidades, como escolas de melhor qualidade e acesso a empregos melhores. Os proprietários devem concordar em alugar sob os termos do programa e sua propriedade deve passar por uma inspeção de habitabilidade para garantir que os padrões de segurança e saúde sejam cumpridos. Uma vez aprovados, os proprietários recebem os pagamentos diretamente do programa *Section 8* em nome dos inquilinos.

⁵ As políticas de controle de aluguéis implementadas em Berlim, conhecidas como *Mietendeckel* ou "tampa de aluguéis", foram introduzidas em 2020 para enfrentar o aumento rápido dos custos de moradia. Esta legislação congelou os aluguéis nos níveis de junho de 2019 por cinco anos para a maioria dos apartamentos construídos antes de 2014 e permitiu a redução de aluguéis que excedessem em 20% o valor médio, dependendo de fatores como localização e condição do imóvel. O objetivo do *Mietendeckel* era proteger os inquilinos de aumentos especulativos e manter a acessibilidade da moradia em Berlim, evitando a deslocação de residentes de baixa e média renda. No entanto, a política enfrentou críticas por potencialmente desencorajar renovações e novas construções, podendo levar à deterioração do parque habitacional. Em abril de 2021, o Tribunal Constitucional da Alemanha anulou a lei, considerando-a inconstitucional por sobrepor-se à legislação federal existente sobre controle de aluguéis. Apesar de sua revogação, a experiência de Berlim com o controle de aluguéis permanece um estudo de caso relevante para outras cidades globais que enfrentam desafios semelhantes de acessibilidade habitacional.

⁶ O programa de Vizinhanças Culturais é uma iniciativa criada pela prefeitura da cidade com o objetivo de fortalecer a identidade e a coesão social de diferentes bairros através da cultura. Lançado como parte de uma estratégia mais ampla para revitalizar áreas urbanas e promover a inclusão social, o programa financia projetos culturais que envolvem a comunidade local, incentivando a participação dos residentes em atividades que valorizam a diversidade e a riqueza cultural de suas próprias vizinhanças. Este programa abrange uma variedade de atividades, incluindo festivais, workshops, exposições de arte e performances, todos projetados para facilitar o diálogo intercultural e fortalecer os laços comunitários. Além disso, busca apoiar artistas locais e promover espaços de arte, contribuindo para o desenvolvimento econômico e cultural dos bairros.

nos Centros de Ação Social da Suécia⁷, que consolidam diversos serviços públicos em um único local, o Brasil poderia expandir os serviços essenciais e a infraestrutura em áreas negligenciadas (Florida, 2002).

Promover um desenvolvimento urbano equilibrado é fundamental. Inspirando-se na política de cidades de 15 minutos⁸ de Paris, onde todos os serviços essenciais estão a uma caminhada de 15 minutos, o Brasil poderia implementar estratégias para fomentar a diversidade socioeconômica e minimizar a necessidade de longos deslocamentos, tornando as cidades mais acessíveis e inclusivas (Beck, Boff & Cenci, 2022).

Implementando ou inspirando-se nessas estratégias integradas, o Brasil poderia efetivamente abordar os desafios complexos associados à gentrificação, assegurando um desenvolvimento urbano que seja inclusivo e sustentável. Essas abordagens iriam além da simples mitigação dos efeitos da gentrificação; elas teriam o potencial de transformar as cidades em espaços que valorizam a equidade social e a diversidade cultural, criando ambientes onde todos os cidadãos têm acesso a oportunidades iguais e qualidade de vida melhorada.

Ao adotar políticas de habitação acessível, por exemplo, o Brasil poderia garantir que moradores de baixa renda não sejam deslocados de seus bairros devido ao aumento dos preços, preservando a diversidade socioeconômica das comunidades urbanas. Isso não apenas ajudaria a manter o tecido social intacto, mas também evitaria a segregação espacial que frequentemente acompanha processos de gentrificação.

A implementação de zonas de uso misto e políticas de zoneamento equitativo poderia evitar a especulação imobiliária desenfreada, garantindo que os desenvolvimentos urbanos atendam às necessidades de todos os segmentos da população. Isso inclui a criação de áreas que integrem moradia, trabalho e lazer, reduzindo a necessidade de longos deslocamentos e promovendo um estilo de vida mais sustentável e centrado na comunidade.

Fomentar a diversidade cultural através do apoio a iniciativas locais, como festivais e centros culturais, enriquece a vida comunitária e fortalece as identidades locais. Tal enfoque não apenas ajuda a preservar a herança cultural das áreas urbanas em processo de

⁷ Os Centros de Ação Social são instalações que fornecem uma ampla gama de serviços sociais integrados em um único local. Esses centros são projetados para facilitar o acesso dos cidadãos a diversos tipos de apoio social, como assistência familiar, cuidados com crianças, suporte a idosos, e programas para pessoas com deficiência. A integração dos serviços permite que os indivíduos e famílias recebam assistência de maneira mais eficiente e coordenada, sem a necessidade de navegar por múltiplas agências governamentais. Esses centros desempenham um papel crucial na rede de segurança social da Suécia, visando não apenas fornecer serviços necessários, mas também melhorar a qualidade de vida geral dos cidadãos. Ao consolidar os serviços sociais em locais centrais, os Centros de Ação Social ajudam a garantir que todos, independentemente de sua situação econômica ou desafios pessoais, tenham acesso fácil a suporte e recursos que podem ajudar a promover sua saúde, bem-estar e integração social.

⁸ As cidades de 15 minutos são uma iniciativa de planejamento urbano que visa reestruturar a cidade para que todos os serviços essenciais estejam acessíveis em no máximo 15 minutos de caminhada ou bicicleta para os moradores. Este conceito foi promovido pela prefeita Anne Hidalgo como parte de uma estratégia mais ampla para criar uma cidade mais sustentável, onde as necessidades diárias como trabalho, escola, compras, saúde, cultura e lazer possam ser atendidas dentro de um curto trajeto a pé ou de bicicleta de casa. O objetivo é reduzir a dependência de veículos motorizados, diminuir as emissões de carbono, melhorar a qualidade do ar e fomentar uma vida comunitária mais rica e integrada. A implementação envolve o desenvolvimento de infraestrutura para pedestres e ciclistas, além da promoção de uma distribuição mais equitativa de serviços e recursos por toda a cidade.

gentrificação, mas também promove a inclusão social e o entendimento mútuo entre diferentes grupos.

Além disso, investir em infraestrutura e serviços sociais assegura que todas as áreas da cidade, especialmente aquelas mais susceptíveis à gentrificação, disponham de acesso equitativo a educação de qualidade, serviços de saúde, transporte público e espaços verdes. Isso é crucial para garantir que o crescimento urbano não exclua segmentos da população que já são vulneráveis.

Por fim, ao adotar um modelo de desenvolvimento urbano que priorize a acessibilidade e a inclusão, o Brasil poderia estabelecer um padrão de urbanização que beneficie toda a população, não apenas economicamente, mas também em termos de qualidade de vida e coesão social. Implementar essas estratégias de forma integrada e inspirada em modelos internacionais bem-sucedidos oferece uma rota clara para o desenvolvimento de cidades mais resilientes, justas e vibrantes culturalmente.

3 CONCLUSÃO

A pesquisa "transformações da contemporaneidade: o papel da tecnologia na gentrificação" aborda um fenômeno urbano profundamente transformador, onde áreas historicamente menos valorizadas são revitalizadas, frequentemente resultando no deslocamento de suas populações originais. Este estudo se concentra em compreender como os avanços tecnológicos têm influenciado esses processos de gentrificação, enfocando nas implicações sociais decorrentes dessas mudanças.

A delimitação temática foca nos mecanismos através dos quais a tecnologia pode intensificar a gentrificação, observando especificamente a dinâmica entre inovações tecnológicas e o mercado imobiliário. A problemática central investiga as ramificações sociais desse fenômeno, questionando como a tecnologia pode tanto exacerbá-lo quanto ser utilizada para mitigar seus efeitos negativos.

A pesquisa está estruturada de modo a explorar essa complexa interação em várias dimensões. Inicialmente, oferece um panorama histórico e conceitual da gentrificação, seguido de uma análise do papel da tecnologia nesse processo e, por fim, discute estratégias potenciais para amenizar seus impactos adversos. Esta abordagem permite uma compreensão aprofundada e multifacetada do tema.

O primeiro capítulo contextualiza a gentrificação, detalhando sua origem e evolução teórica, destacando contribuições de pensadores chave e descrevendo suas fases. O segundo capítulo examina como a tecnologia, especificamente através da internet e plataformas digitais, tem acelerado a transformação de áreas urbanas, intensificando a gentrificação. O terceiro capítulo propõe estratégias para mitigar os impactos negativos da gentrificação, focando em políticas de habitação acessível e planejamento urbano inclusivo.

Em resposta à problemática, a pesquisa conclui que os avanços tecnológicos têm um papel duplo na gentrificação: eles podem tanto contribuir para a exclusão social por meio do

aumento dos preços dos imóveis quanto oferecer ferramentas para planejamento urbano mais inclusivo e equitativo. Utilizando a tecnologia de maneira estratégica e consciente, é possível desenvolver abordagens que não apenas minimizem os impactos negativos da gentrificação, mas também promovam um desenvolvimento urbano sustentável.

A análise detalhada demonstra que todos os objetivos da pesquisa foram alcançados: foi possível mapear o impacto da tecnologia na gentrificação e identificar estratégias eficazes para contrabalançar esses efeitos. O estudo conseguiu evidenciar a emergência da tratativa do tema, destacando uma base sólida para o desenvolvimento de políticas públicas mais justas e inclusivas.

Finalmente, a relevância desta pesquisa se destaca pela sua contribuição ao elucidar os desafios modernos relacionados à tecnologia e gentrificação, apontando direções para investigações futuras. Este trabalho tem o potencial de fundamentar estudos subsequentes sobre a aplicação de novas tecnologias no planejamento urbano e legislativo, visando à construção de cidades genuinamente inclusivas e acessíveis a todos seus moradores. É essencial continuar este estudo para garantir que os avanços tecnológicos e o desenvolvimento urbano avancem conjuntamente com a justiça social e a igualdade.

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, Maurício Fernandes de. Gentrificação (conceito). *In*: Maurício Fernandes de Alcântara. **Enciclopédia de Antropologia**. São Paulo, 03 jul. 2018. Disponível em: <http://ea.fflch.usp.br/conceito/gentrificacao>. Acesso em: 12 nov. 2023.
- BALAGO, Rafael. TI domina escritórios na Berrini e finanças lideram na Faria Lima e Paulista. **Exame**. 04.11.2023. Disponível em: <https://exame.com/economia/ti-domina-escritorios-na-berrini-e-financas-lideram-na-faria-lima-e-paulista-veja-dados-por-bairro/>. Acesso em: 30 abr. 2024.
- BECK, Cesar Augusto Moacyr Rutowitsch; BOFF, Murilo Manzoni; CENCI, Daniel Rubens. Cidades Inteligentes: desigualdades, gentrificação e os desafios da implementação dos ODS. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 13, n. 3, p. 565-593, 2022. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/direitoeconomico/article/view/29005>. Acesso em: 11 abr. 2024.
- BIDOU-ZACHARIASEN, Catherine. **De volta à cidade**: dos processos de gentrificação às políticas de “revitalização” dos centros urbanos. São Paulo: Annablume, 2006.
- BOVIER, Clara Mona-lisa. **Dinâmicas urbanas e mecanismos de gentrificação nas favelas do Rio de Janeiro a véspera dos megaeventos**: o caso do Chapéu Mangueira. 129 f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Urbana e Ambiental) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33712/33712.PDF>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- CAVALCANTI, Lana de Souza; ARAUJO, Manoel Victor Peres. **Segregação socioespacial no ensino de geografia**: um conceito em foco. Goiás: Edição Especial: Ensino de Geografia, 2018. Disponível em: <https://revista.ufrb.br/actageo/article/view/4775/2419>. Acesso em: 21 mar 2024.
- CRUVINEL, Aline Cristina Fortunato. Airbnb como urbanismo de plataforma: aspectos gerais e caminhos para uma abordagem multiescalar. **PosFAUUSP**, São Paulo, Brasil, v. 31, n. 58, p. e214821, 2024. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/posfau/article/view/214821>. Acesso em: 24 abr. 2024.
- LEES; Loretta; SLATER, Tom; WYLY, Elvin. **Gentrification**. London: Routledge, 2008.
- MITCHELL, Don; BOMFIM, Paulo Roberto de Albuquerque; CAVALCANTE, Clarissa Maciel; FERNANDES, Rosana de Campos. Neil Smith, 1954-2012: geografia Radical, Geógrafo Marxista, Geógrafo Revolucionário. **Revista Geografias**, v. 17, n. 1, p. 145–194, 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/geografias/article/view/34402>. Acesso em: 30 jan 2024.

MORALES, Ernesto López. Resenha do texto Gentrification escrito por Loretta Lees, Tom Slater & Elvin Wyly. **Revista de Geografia Norte Grande**, n. 44, p. 155-158, 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34022009000300010>. Acesso em: 24 abr. 2024.

NELSON, Tara. 'Porto Maravilha': O Maior Projeto de Revitalização Urbana do Rio, 10 Anos Depois. Tradução por Lia Matos Viegas. **RioonWatch**. 23.12.2019. Disponível em: <https://rioonwatch.org.br/?p=44800>. Acesso em: 30 abr. 2024.

NEVES, Ricardo. Do Recife Antigo ao Recife do Futuro: a revolução do Porto Digital. **Jornal da Economia Digital**. 16.10.2023. Disponível em: <https://jornaldigital.recife.br/2023/10/16/do-recife-antigo-ao-recife-do-futuro-a-revolucao-do-porto-digital/>. Acesso em: 30 abr. 2024.

OVERSTREET, Kaley. O Airbnb contribui com a crise imobiliária? Traduzido por Walter Gagliardi. **ArchDaily**. 14.01.2023. Disponível em: <https://www.archdaily.com.br/br/993793/o-airbnb-contribui-com-a-crise-imobiliaria>. Acesso em: 30 abr. 2024.

RANGEL, Natália Fonseca de Abreu. O esvaziamento do conceito de gentrificação como estratégia política. **Cadernos Naui**, v. 4, n. 7, p. 39-57, 2015.

RIBEIRO, Daniel de Albuquerque. Gentrificação em Salvador de 1987 a 2022. **GEOgraphia**, v. 26, n. 56, 5 abr. 2024. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/geographia/article/view/50461>. Acesso em: 22 abr. 2024.

RIBEIRO, Tarcyla Fidalgo. **Afinal, o que é a gentrificação? Uma análise conceitual e de suas possibilidades de verificação no cenário urbano brasileiro**. 54 f. TCC (Pós-Graduação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Curso de Especialização em Planejamento e Uso do Solo Urbano do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/5414/1/TFRibeiro.pdf>. Acesso em: 21 mar 2024.

SASAKI, Fabio. Olimpíadas: remoção de famílias no Rio pode ser tema de vestibular. *In*: Fabio Sasaki. **Guia do Estudante**. São Paulo, 28 jul. 2016. Disponível em: <https://guiadoestudante.abril.com.br/coluna/atualidades-vestibular/olimpiadas-remocao-de-familias-no-rio-pode-ser-tema-de-vestibular>. Acesso em: 11 abr. 2024.

SILVA, Gabriel de Oliveira; MARTINS, Juliana Bruschi; FERNANDES, Aline Ouriques Freire. A Gestão de Conflitos Urbanos e o Direito à Cidade como limite à gentrificação. **Revista de Direito Urbanístico**, Cidade e Alteridade, 2021.

SMITH, Neil. A gentrificação generalizada. *In*: BIDOU-ZACHARIASEN, Catherine. **De volta à cidade**: dos processos de gentrificação às políticas de “revitalização” dos centros urbanos. São Paulo: Annablume, 2006.

SMITH, Neil. **New Globalism, new urbanism**: gentrification as globais urban strategy. Blackwell Publishers: Oxford, 1996.

SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues. **Pesquisa científica**: aspectos práticos. Natal: Insigne Acadêmica, 2024.

TOLENTINO, Eduarda. Como o avanço tecnológico impacta o mercado imobiliário. *In*: Eduarda Tolentino. **Um conteúdo Bússola**. São Paulo, 1 jun. 2023. Disponível em: <https://exame.com/bussola/como-o-avanco-tecnologico-impacta-o-mercado-imobiliario/>. Acesso em: 11 abr. 2024.

VIANA, Guilherme David dos Santos. **Processos de Gentrificação**. 2017. 128 p. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade De Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

VIEIRA, Isabela. Vara da Infância proíbe demolição de casas na Favela Metrô-Mangueira. *In*: Isabela Vieira. **Agência Brasil**. São Paulo, 26 ago. 2014. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/en/node/973077>. Acesso em: 15 abril 2024.

VILELA, Taís; KONCHINS. Moradores reclamam de remoção de favela perto do Maracanã a meses da Copa. *In*: Taís Vilela e Vinicius Konchinski. **Uol Copa**. São Paulo, 16 jan. 2014. Disponível em: <https://copadomundo.uol.com.br/noticias/redacao/2014/01/16/rio-quer-extinguir-favela-mais-proxima-a-maracana-a-cinco-meses-da-copa.htm?cmpid=copiaecolaKI>. Acesso em: 11 abr. 2024.

VINICIUS, Guilherme. **Rio pós-olímpico: 77 mil removidos; Vila Autódromo vira rua**. *In*: Agência de Notícias das Favelas. *Jornal a voz da Favela*. 2016. Disponível em: <https://www.anf.org.br/rio-pos-olimpico-77-mil-removidos-vila-autodromo-vira-rua/>. Acesso em: 22 fev 2024.

ZUKIN, Sharon. **Gentrification: Culture and Capital in the Urban Core**. *Annual Review of Sociology*, v. 13, 1987.

ZUKIN, Sharon. **Naked City**: The Death and Life of Authentic Urban Places. New York: Oxford University Press, 2010.

3

DOI: 10.5281/zenodo.13172003

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

POZETI, Carolina Balduino; OLIVEIRA, Stella Mendes de. Aspectos limitadores da transmissão sucessória de bens digitais: o antagonismo entre o existencial e o patrimonial. **Revista Insigne de Humanidades**, Natal, v. 1, n. 2, p. 40-61, maio/ago. 2024.

Recebido em: 10/05/2024
Aprovado em: 20/05/2024

Aspectos limitadores da transmissão sucessória de bens digitais: o antagonismo entre o existencial e o patrimonial

Limiting Aspects of Digital Asset Inheritance: The Antagonism Between Existential and Patrimonial

Carolina Balduino Pozeti¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie.

 Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2075913024700161>.

 E-mail: carolinapozeti@gmail.com.

Stella Mendes de Oliveira²

Universidade Presbiteriana Mackenzie.

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3512529243431354>.

 E-mail: stella_m_o@hotmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 AS DIFERENÇAS ENTRE HERANÇA POSITIVADA E A DIGITAL. 3 A HERANÇA DIGITAL NO ECOSISTEMA JURÍDICO-LEGISLATIVO. 4 ATUAIS MEDIDAS DAS REDES SOCIAIS. 5 ACERVO DIGITAL: BEM PATRIMONIAL OU EXISTENCIAL? 6 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM DESTAQUE. 7 O ENTENDIMENTO ALEMÃO. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduanda em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Monitora da matéria de Teoria Geral do Processo. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa CNPq "Novas Fronteiras da Ciência Jurídica - Desenvolvimento e Inovação Tecnológica: Biodireito e Biossegurança - GBio". Lattes: <https://lattes.cnpq.br/2075913024700161>. E-mail: carolinapozeti@gmail.com.

² Mestranda em Direito Político e Econômico com bolsa CAPES (CNPq) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduanda em Direito na Universidade Presbiteriana Mackenzie. Vice-Líder do Grupo de Eventos do Programa de Pós-Graduação Scrito Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada e Consultora Jurídica. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3512529243431354>. E-mail: stella_m_o@hotmail.com.

RESUMO:

A crescente digitalização trouxe à tona a complexidade da transmissão sucessória de bens digitais, evidenciando o conflito entre os aspectos existenciais e patrimoniais desses ativos. Este estudo explora as limitações legais e conceituais na transmissão de bens digitais no Brasil, destacando a ausência de regulamentação específica para heranças digitais e a necessidade de adaptar o direito sucessório às novas realidades tecnológicas. A pesquisa aborda como bens digitais, como contas em redes sociais e ativos intangíveis, são tratados no âmbito jurídico, e a lacuna existente na legislação brasileira quanto à definição e destinação desses bens após o falecimento do titular. Utilizando uma abordagem bibliográfica, o trabalho examina a relevância de preservar os direitos de personalidade e o patrimônio digital, propondo soluções para equilibrar a proteção de dados pessoais com os direitos dos herdeiros. Conclui-se que a definição clara e abrangente de normas para a herança digital é essencial para garantir a segurança jurídica e o respeito aos direitos de personalidade no ambiente digital.

Palavras-chave:

Herança digital. Bens digitais. Direitos de personalidade. Patrimônio digital. Legislação brasileira.

ABSTRACT:

The increasing digitalization has highlighted the complexity of the inheritance of digital assets, revealing the conflict between existential and patrimonial aspects of these assets. This study explores the legal and conceptual limitations in the inheritance of digital assets in Brazil, highlighting the lack of specific regulation for digital inheritances and the need to adapt inheritance law to new technological realities. The research addresses how digital assets, such as social media accounts and intangible assets, are treated in the legal sphere, and the existing gap in Brazilian legislation regarding the definition and disposition of these assets after the owner's death. Using a bibliographic approach, the paper examines the relevance of preserving personality rights and digital patrimony, proposing solutions to balance the protection of personal data with the rights of heirs. It concludes that a clear and comprehensive definition of norms for digital inheritance is essential to ensure legal certainty and respect for personality rights in the digital environment.

Keywords:

Digital inheritance. Digital assets. Personality rights. Digital patrimony. Brazilian legislation.

1 INTRODUÇÃO

A ascensão contínua das tecnologias inovadoras é notável no campo jurídico, não apenas transformando os processos tradicionais, mas também introduzindo novos conceitos legais. Este fenômeno é especialmente evidente com a proliferação das redes sociais, conteúdo digital, e armazenamento em nuvem, que têm alterado significativamente a paisagem jurídica, promovendo uma transição para uma modernidade virtual.

Nesse cenário, emerge o conceito da herança digital, que se concentra na análise dos ativos intangíveis no ambiente digital. Estes ativos, que podem incluir desde perfis em redes sociais até contas comerciais online, representam uma área legalmente complexa e de crescente relevância. O aumento exponencial do conteúdo digital, muitas vezes valioso, suscita questões no âmbito do direito sucessório, geralmente dentro do contexto do Direito de Família. Essas indagações frequentemente giram em torno da transferência e da distribuição justa dos bens digitais após o falecimento de seu proprietário, levando à indagação sobre o entendimento dos tribunais brasileiros em relação aos bens intangíveis durante a transmissão hereditária digital. Inobstante, permanece uma lacuna na legislação brasileira, pois ainda não existem leis específicas que abordem de forma detalhada e abrangente a questão da herança digital.

Dentro desta relação de ativos digitais há nebulosa definição do que seria passível da ação de herdar dos sucessores, pois compreende-se que existem limitações para ocorrer a transmissão destes bens. Assim, o trabalho em leitura possui interesse em identificar as razões limitantes de sucessão dos bens digitais, solidificando até onde a última vontade e os direitos da personalidade do usuário falecido influenciam neste fator restritivo.

No Brasil há uma lacuna significativa na legislação, especialmente no que se refere à destinação dos chamados "Bens e Direitos Digitais" do falecido, o que ocasiona aos operadores do Judiciário recorrerem às fontes subsidiárias formais, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito, conforme previsto no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, para resolver lacunas na legislação.

É indiscutível que, nos dias de hoje, o uso da internet para armazenar trabalhos, arquivos e até mesmo para fazer trocas comerciais é uma prática comum em todo o mundo. Esses arquivos podem ter um valor econômico ou pessoal significativo, e a exploração desses recursos pode continuar mesmo após a morte do titular. Posto isto, há um desencontro de especificidades destes bens, pois os dados com valor econômico adentrariam como bem patrimonial, enquanto a parte do conteúdo pessoal não passaria para os herdeiros, tendo em vista sua carga íntima e privada do falecido.

Ante o exposto, torna-se cada vez mais urgente analisar como o direito deve se adaptar para lidar com as consequências virtuais e sucessórias resultantes do falecimento de um indivíduo. Com a crescente praticidade oferecida pela internet, os indivíduos transferem parte significativa de suas vidas para o ambiente virtual, facilitando o acesso contínuo à rede e seus recursos. Isto precisa ser definido em precisas normas, porque é necessária a

demarcação de até onde vão os direitos da personalidade e dos sucessórios, bem como contornos das ações dos grandes provedores de aplicação.

Esse encontro de paradigmas coloca desafios significativos para o direito sucessório, exigindo uma revisão e adaptação das leis existentes para garantir uma abordagem justa e eficaz no tratamento dos bens digitais após o falecimento de uma pessoa. Desta forma, a metodologia utilizada feita com base em uma revisão bibliográfica nacional e internacional, que começa em projetos de lei até decisões judiciais, em busca de explorar qualitativamente as decorrências jurídicas da herança digital.

Este tema é controverso e causa grande insegurança jurídica, uma vez que os provedores e administradores de serviços de internet geralmente retêm as informações ou as excluem de seus bancos de dados, enquanto o processo judicial de inventário para autorização judicial de acesso às informações do falecido pode ter resultado de um dos lados discordantes da jurisprudência, o que geraria ainda mais confusão neste âmbito. Logo, esta pesquisa dará início a temática viabilizando a noção brasileira sobre bens digitais e sua presença na sociedade informativa.

2 AS DIFERENÇAS ENTRE HERANÇA POSITIVADA E A DIGITAL

Juridicamente, o termo "sucessão" refere-se ao processo pelo qual uma pessoa assume a titularidade de uma relação jurídica que originalmente pertencia a outra pessoa. É definido a sucessão como a continuação, em outra pessoa, de uma relação jurídica que cessou para o sujeito anterior, sendo um dos modos de transmissão ou aquisição de bens ou direitos patrimoniais (Tartuce, 2024). Essa ideia implica na continuidade de uma relação jurídica, que permanece mesmo após a mudança dos titulares envolvidos.

Por sua vez, a herança pode ser definida como o conjunto de bens, tanto positivos quanto negativos, que se formam com o falecimento de alguém, conhecido como *de cuius*. Nas lições mais contemporâneas de juristas como Sílvio de Salvo Venosa, a herança é vista como um conjunto de direitos e obrigações, ativos e passivos, pertencentes ao autor da herança, sendo denominado espólio a massa patrimonial até que a partilha seja definitivamente concluída (Venosa, 2022). Com as novas tecnologias, particularmente impulsionadas pelas redes sociais e interações digitais, impactando especialmente no âmbito do Direito Privado e naturalmente, o Direito das Sucessões não está imune a essa influência.

O conceito de testamento afetivo ou digital envolve a disposição dos bens acumulados em vida no ambiente virtual. Os bens digitais podem incluir páginas de redes sociais, contatos, postagens, manifestações, curtidas, seguidores, perfis pessoais, senhas, músicas e outros elementos intangíveis adquiridos nas redes sociais (Da Silva, 2023). A evolução tecnológica trouxe à tona a necessidade de considerar esses ativos virtuais no contexto da sucessão, já que representam uma parte significativa do patrimônio digital de uma pessoa.

A aplicação do Direito das Sucessões a esses novos tipos de bens apresenta desafios únicos, como a garantia da autenticidade e validade das manifestações de última vontade expressas digitalmente, a proteção da privacidade do falecido e a distribuição justa desses ativos entre os herdeiros. O Código Civil de 2002 reconhece a possibilidade de testamento extrapatrimonial, conforme estabelecido no Artigo 1.857, § 2º. Essa disposição legal permite que o testador inclua em seu testamento não apenas disposições relacionadas aos seus bens materiais, mas também questões de ordem pessoal, emocional ou afetiva.

No contexto da herança digital, surge o conceito de testamento em sentido amplo, no qual a destinação dos bens digitais pode ser realizada por meio de legado, especialmente se envolver bens de pequeno valor, ou até mesmo por manifestação feita diretamente perante a empresa responsável pela administração dos dados.

Jones Figueiredo Alves propõe a ideia do testamento afetivo como uma inovação jurídica que se alinha com os avanços tecnológicos e a crescente importância da presença digital na vida das pessoas. Ele sugere que, assim como a curadoria de dados dos usuários da internet tem sido realizada para manter perfis de pessoas falecidas, por exemplo como ocorre nas propostas dos memoriais da rede Facebook, a instituição do testamento afetivo pode ser um instrumento cuidadoso para preservar a memória e o carinho das pessoas falecidas mesmo após sua morte (Alves, 2016).

Assim como o testamento afetivo, o testamento digital permite que as pessoas expressem seus desejos e decisões em relação aos seus ativos digitais e preservem sua presença online de maneira significativa. Nesse sentido, o Enunciado nº 687, aprovado na IX Jornada de Direito Civil de 2022, estabelece que "o patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo" (IBDFAM, 2022, p.48).

De acordo com o art. 1.791 do Código Civil, a herança é transmitida como um todo unitário, mesmo que haja vários herdeiros, o que inclui não apenas o patrimônio material do falecido, mas também os bens imateriais, como os supostamente adquiridos e construídos online durante a vida da pessoa. Como destacou Giselda Maria Fernandes Hironaka em uma entrevista publicada no Boletim do IBDFAM:

Entre os bens ou itens que compõem o acervo digital, há aqueles com valoração econômica (como músicas, poemas, textos, fotos de autoria própria), os quais podem integrar a herança do falecido ou ser objeto de disposições de última vontade em um testamento, e há aqueles que não têm qualquer valor econômico e geralmente não fazem parte da categoria de interesse sucessório (Boletim Informativo do IBDFAM, n. 33, jun./jul. 2017, p. 9).

No entanto, além dessas manifestações de vontade feitas em vida, surge a questão do que fazer caso o falecido não tenha se manifestado sobre sua herança digital, especialmente considerando que essa questão não está expressamente mencionada no atual Código Civil. Essa é a pergunta que pretendemos começar a responder, sem prejuízo de

aprofundamentos futuros que serão realizados. Como mencionado, a sucessão legítima presume a vontade do falecido, estabelecendo uma ordem de vocação hereditária em prol do princípio fundamental do Direito das Sucessões, que é a continuidade da pessoa. No Código Civil, essa ordem está prevista no Artigo 1.829, dispositivo que será abordado de maneira mais profunda posteriormente neste trabalho.

Os bens digitais, em virtude de sua natureza abstrata, enfrentam uma lacuna na legislação em razão da ausência de norma específica que os regule. No Brasil, não há definição legal clara para os ativos digitais. Estes podem ser conceituados como:

[...] instruções traduzidas em linguagem binária que podem ser processadas em dispositivos eletrônicos, tais como fotos, músicas, filmes etc., ou seja, quaisquer informações que podem ser armazenadas em bytes nos diversos aparelhos como computadores, celulares e tablets (Lara, 2016, p. 22).

O acervo digital abarca uma variedade de bens, os quais podem ser classificados em dois tipos: os que não possuem valor econômico, denominados bens pessoais, e aqueles passíveis de avaliação monetária (Da Silva, 2023). Ainda, é de cunho essencial considerar que esses bens, ao integrarem o patrimônio do titular, possuem valor econômico, tornando-se admissível sua transmissão. O Artigo 91 do Código Civil estabelece que as relações jurídicas de uma pessoa que detém bens com valor econômico configuram universalidade de direito. De modo que, diante dos ativos deixados pelo falecido, os quais incluem bens digitais com interesse econômico, faz-se necessário incorporá-los à herança a ser distribuída entre os herdeiros e legatários do *de cujus*.

No mais, a grande incerteza surge em relação à possibilidade de acesso aos dados digitais de titularidade do falecido dentro de um serviço virtual. Outra controvérsia acerca desta temática que merece destaque é o encontro dos direitos sucessórios com a preservação dos direitos de personalidade, por muitas vezes personalíssimo. Para refletir sobre isto, esta pesquisa seguirá para a apreciação no âmbito normativo e hermenêutico encontrado no ambiente jurídico-legislativo sobre a "herança contemporânea".

3 A HERANÇA DIGITAL NO ECOSISTEMA JURÍDICO-LEGISLATIVO

Tendo em vista a observação e atenção dedicada à resguarda de dados pelos legisladores gerada com a produção da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), não deixaria de fazer sentido um início de debates e reflexões legislativas, advindas com novas propostas de leis, que tenha como tema central a morte de um usuário desta teia informativa, este que faz seu uso com a retroalimentação contínua de dados.

É fato afirmar que a herança digital surge no ambiente de normatização como um tema exclusivo e advindo da evolução tecnológica encontrada no século XXI. Assim, os

parlamentares brasileiros já mantêm sob seu olhar esta temática há mais de uma década, se dando este início desde à alavancagem da dominação das redes sociais (Ortiz-Ospina, 2019).

Um destes debates foi a ventilação iniciada pelo Projeto de Lei 4.099 do ano de 2012 em que visava a mudança do art. 1788 do Código Civil. Na possível reformulação do artigo era descrito de forma sucinta que os herdeiros teriam acesso - de modo inteiriço e sem prévia análise - ao conteúdo digital pertencente ao *de cuius*: "Art. 1.788. Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança". Ao observar a simples e – quase – genérica escrita é possível a obtenção de um leque de perspectivas, principalmente sobre a matéria e qualidade do conteúdo, uma vez que o fator quantidade é explicitado como "todos".

No mesmo ano, outro congressista buscou novamente a introdução do tema no ordenamento civil, porém com a letra com melhor especificidade. O Projeto de Lei 4.847/2012 buscava a inclusão de um novo capítulo, dentro do já existente "Da Herança e de sua Administração", sobre a herança digital. Assim, além de estabelecer o que seria este conteúdo passível de sucessão no factível artigo 1797-A, os artigos em sequência asseguravam a escolha de última vontade de não transmissão dessa herança aos herdeiros, como também, as opções de atitudes destes sobre o objeto. Portanto, há a previsão de um rol exemplificativo dos bens que compõem o acervo, sem excluir outros, como os contatos, fotos e textos construídos pelo falecido. No entanto, ainda prevalecia a transmissão integral destes "bens digitais". Mesmo com o apensamento de um Projeto ao outro e o apoio da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania sobre a matéria e narrativa ali descrita, o resultado de ambos foi o arquivamento. Ademais, não restam dúvidas que os ideais propostos nestas já estariam ultrapassados, uma vez que o desenvolvimento digital continuou com rapidez.

Em termos desta evolução, o Projeto de Lei 7.742/2017 tramita em conjunto e aguarda parecer do Relator na Câmara dos Deputados. Este último propõe a inclusão de um art. 10-A no Marco Civil da Internet que mencionaria a herança encontrada dentro do banco de dados de provedores, seja os que fornecem conteúdo, de correio eletrônico, e qualquer outra empresa que os tenha coletado. Além disto, surge pela primeira vez diretrizes diretas aos provedores de aplicação de internet que devem realizar – de modo facilitador – as vontades dos sucessores do *de cuius*. Desta forma, a proposta busca estabelecer diretrizes claras para a exclusão das contas de usuários falecidos em serviços de internet, bem como para a guarda dos dados e registros relacionados a essas contas. Há também a possível manutenção das contas após o óbito, desde que haja solicitação e autorização expressa dos familiares do falecido, dentro de um prazo determinado, com restrições ao gerenciamento delas.

Indubitavelmente, as proposições destacadas conferem aos herdeiros do falecido o poder de decisão sobre o destino da herança digital. Embora o PL 7.742/2017 possua uma estreita diferença das outras, que seria a exclusão imediata dos conteúdos pelos provedores citados após a confirmação do óbito, e com prerrogativa atribuída aos familiares do *de cuius*, como indicado em seu § 1º.

O projeto mais recente e atualizado que consequentemente acompanhou a construção social do meio de comunicação digital é o PL 1.689/2021, o qual adicionou inclusive uma questão até então oculta que é sobre os direitos autorais contidos dentro dos provedores de aplicação das redes. Assim, na primeira parte de sua proposta há a adição do art. 1791-A que visa adicionar no conceito de herança atual os "direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações", isto é, os bens digitais anteriormente apontados, do falecido, contidos nos provedores.

Ademais, há o respeito à vontade contrária de acesso a estes bens do *de cujus* como também a transformação da página ou perfil em memorial. Outra ideia incomum aos projetos anteriores, mas mencionada nesta é a herança jacente digital resguardada pelo provedor, mas com as mesmas ideias da herança jacente já positivada. No art. 1.857/CC haveria a nova menção do §3º dando a oportunidade ao testador de incluir todos seus dados à sua última vontade. Com isto leva ao Art. 1863-A que autoriza a possibilidade dos testamentos cerrado, particular e codicilos em formato eletrônico. Este projeto tramita também na vontade de incluir "publicações em provedores de aplicações de internet" na ordem de proteção autoral de setenta anos da Lei nº 9.610.

Sem dúvida, todos os projetos buscam fornecer uma base legal clara para lidar com a herança digital, atribuindo aos herdeiros a responsabilidade pela administração dos bens digitais do falecido, seja pela exclusão imediata ou pela transmissão integral dos conteúdos digitais aos sucessores legítimos. Entretanto, alguns autores defendem a não sucessão dos conteúdos digitais pelos herdeiros.

Flávio Tartuce argumenta que os dados digitais contidos em redes sociais ou contas eletrônicas são pertencentes à esfera íntima e privada da pessoa, assim, aponta que "a herança digital deve morrer com a pessoa" (Tartuce, 2019). Além disso, tendo em vista a importância da temática sobre privacidade e proteção de dados pessoais, seria imprescindível um diálogo entre os prováveis dogmas da herança digital com a Lei n. 13.709/2018, isto é, a Lei Geral de Proteção de Dados. Sem esta conexão, é viável que aconteceria um grande desencontro de conceitos, respeito e ordenança entre estas duas gamas jurídicas.

No âmbito do judiciário, os entendimentos sobre a herança digital variam de tribunal para tribunal. Alguns órgãos colegiados compreendem e defendem estes bens da intranet como bens na esfera patrimonial, quase que os equiparando ao pertencimento do ramo do Direito das Coisas. Em correspondência, é cristalino que a abstração neste sentido entra em concordância com os ideais dos projetos de lei deste tema. Entretanto, outra parte da jurisprudência colide com o pensamento gerado, a qual defende estes dados e conteúdo pessoal como dentro dos direitos de personalidade, como por exemplo direito à privacidade, à intimidade, e por consequência os coloca dentro da zona de intransmissibilidade e direito personalíssimo. Posto esta arguição divergente será demonstrado as ambas as percepções dos julgadores.

Ao analisar algumas decisões é possível verificar que um dos embates principais é a designação em qual área pertence a herança digital, se é de matéria cível geral ou específica.

Posto esta premissa, o caso a seguir leva em juízo as teses dos Projetos de Lei e a doutrina que reconhece o acervo digital do *de cuius* como passível de sucessão:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. HERANÇA DIGITAL. PEDIDO DE ALVARÁ PARA TRANSFERÊNCIA DO CONTROLE DE CONTAS DIGITAIS DE FILHO FALECIDO. MATÉRIA QUE ESTÁ AFETA AO DIREITO SUCESSÓRIO. COMPETE AO JUÍZO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DECIDIR ACERCA DE EVENTUAL DIREITO DE TRANSMISSÃO DE PATRIMÔNIO DIGITAL CUJA TITULARIDADE, PARA QUE SE CONSTITUA EM OBJETO DA LIDE, PRESCINDE DE PRÉVIA AFERIÇÃO DE SEU VALOR ESTRITAMENTE ECONÔMICO. CONFLITO DESACOLHIDO PARA FIXAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. Da leitura dos Projetos de Lei acima, extrai-se com segurança que a regulação da matéria, em qualquer de suas versões, conduzirá a que eventual judicialização sobre essa matéria são do Juízo de Família e Sucessões. Finalmente, reforça esse entendimento o fato de que também o Projeto de Lei nº 7742/2017, propõe alterar o Marco Civil da Internet, para acrescentar o artigo 10-A à Lei nº 12.965/2014, a fim de dispor sobre a destinação das contas de aplicações de internet após a morte de seu titular. Por todo o exposto, em face da análise da jurisprudência do TJRS em situações assemelhadas ao caso dos autos, da doutrina acerca do ramo do Direito responsável por dirimir os conflitos inerentes à matéria, bem como pela análise do prognóstico legislativo sobre o tema, julgo improcedente o conflito negativo de competência, para fixar a competência do Juízo de Família e Sucessões para a apreciação do pedido. (Conflito de competência, Nº 50164529220208217000, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roberto Arriada Lorea, Julgado em: 12-05-2020).

Como verificado, o desembargador responsável confirmou e seguiu a ideia que os dados deixados pelo falecido se localizam na esfera de direito sucessório, bem como todos os projetos de lei feitos até o momento. Em seguida, o relator dilata a interpretação de "bens que não forem compreendidos no testamento" do Art. 1788/CC, e ainda equivale à memória digital como "àquela que se encontra fora do aparelho celular", o que acabou por gerar uma equiparação aos bens e às memórias existentes fora do mundo digital.

Ação de obrigação de fazer. Conversão para procedimento de jurisdição voluntária. Pretensão da apelada ao acesso de dados armazenados na "nuvem" correspondente à conta Apple de seu falecido genitor. Herdeira única. Ausência de oposição da Polícia Civil ou do Ministério Público. Memória digital contida em aparelho celular. Equivalência àquela fora dele. Fotografias e mensagens familiares que são de titularidade da herdeira. Herança imaterial. Alcance do art. 1.788 do Código Civil. Preenchimento dos requisitos exigidos pela política de privacidade da empresa. Incidência do art. 7º, II, da Lei no 12.905/14 (Lei do Marco Civil da Internet). Incolumidade inútil. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1004334-42.2017.8.26.0268; Relator (a): Rômolo Russo; Órgão Julgador: 7a

Câmara de Direito Privado; Foro de Itapeçerica da Serra - 2a Vara; Data do Julgamento: 31/03/2021; Data de Registro: 31/03/2021).

Enquanto há esta linha de raciocínio da jurisprudência que coloca os dados digitais do morto dentro do ramo Direito das Sucessões, seja os colocando como herança imaterial, ou como bens não incluídos no testamento passíveis de transmissão, existe também o juízo divergente desta. Assim, em outros julgados os juristas levaram em crucial consideração a existência do dogma de intransmissibilidade dos direitos de personalidade, e a manifestação de vontade do usuário acordada no momento de aceitação dos “Termos de Serviço e Padrões da Comunidade” das redes sociais³.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. HERANÇA DIGITAL. DESBLOQUEIO DE APARELHO PERTENCENTE AO DE CUJUS. ACESSO ÀS INFORMAÇÕES PESSOAIS. DIREITO DA PERSONALIDADE. A herança defere-se como um todo unitário, o que inclui não só o patrimônio material do falecido, como também o imaterial, em que estão inseridos os bens digitais de vultosa valoração econômica, denominada herança digital. A autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses que houver relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos. Os direitos da personalidade são inerentes à pessoa humana, necessitando de proteção legal, porquanto intransmissíveis. A Constituição Federal consagrou, em seu artigo 5º, a proteção constitucional ao direito à intimidade. Recurso conhecido, mas não provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.21.190675-5/001, Relator (a): Des.(a) Albergaria Costa , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/01/2022, publicação da súmula em 28/ 01/ 2022).

Posto isto, a relatora confirma a existência, acesso e transmissão dos bens digitais na perspectiva de bens imateriais com valor econômico-patrimonial, como por exemplo a movimentação de criptoativos. Porém, no sentido de informações privadas existentes em bases digitais é justificado o seu não acesso tendo em vista o “o direito fundamental à intimidade e a vida privada do usuário”. De acordo com este raciocínio, a única forma válida de acesso às informações privadas do usuário falecido seria para a manutenção do sigilo destas, como prevê o caso em seguida. Interessante mencionar que há preocupação com o direito à memória do ente falecido quando acontece esta preservação de informações em memoriais constituídos nas redes sociais.

³ O julgado da Apelação Cível 1119688-66.2019.8.26.0100 será apresentado no capítulo seguinte uma vez que sua exemplificação é diretamente necessária.

OBRIGAÇÃO DE FAZER – RECUPERAÇÃO DE PÁGINAS DO FACEBOOK E INSTAGRAM INVADIDAS E ALTERADAS INDEVIDAMENTE – SUCESSORES DE USUÁRIA FALECIDA – LEGITIMIDADE RECONHECIDA – DIREITO À PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA – PROCEDÊNCIA MANTIDA COM CONDENAÇÃO AJUSTADA – RECURSO DOS AUTORES PROVIDO E NÃO PROVIDO O DA REQUERIDA. A história de vida da pessoa titular de uma conta em rede social, as recordações, as manifestações de pensamento, as fotografias e demais mídias, além de permitirem rever, por suas próprias características, fazem presente a pessoa cuja lembrança a saudade persegue. (TJSP; Apelação Cível 1074848-34.2020.8.26.0100; Relator (a): Ronnie Herbert Barros Soares; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021).

Não restam dúvidas a latente necessidade de regulamentação desta temática, levando em conta o desencontro de argumentos encontrados nos tribunais, o que gera insegurança jurídica e inobservâncias de direitos essenciais ao ser humano, pois aborda além da questão patrimonial-econômico, como a privacidade do falecido e suas relações familiares (Ferreira, Lana; 2023). Portanto, enquanto os projetos de leis acerca da herança digital seguem vagarosamente em discussão em Brasília, as empresas de tecnologias sociais acordam previamente – há alguns anos – com seus usuários a destinação de suas contas após o falecimento destes.

4 ATUAIS MEDIDAS DAS REDES SOCIAIS

Enquanto não é promulgada lei acerca do tema, os provedores de aplicação desenham e estabilizam "direitos" de seus usuários falecidos, e por extensão, seus sucessores. As opções oferecidas por diferentes plataformas de redes sociais refletem uma variedade de abordagens entre a valorização da autonomia privada e a atribuição dos bens digitais aos herdeiros.

O Facebook permite transformar o perfil em um memorial ou excluí-lo mediante a comprovação da morte do usuário desde 2009 (Koktan, 2017). O Google, desde 2013, oferece uma espécie de testamento digital informal ("digital afterlife"), enquanto o 'X', antigo Twitter, permite que os familiares baixem os tweets públicos e solicitem a exclusão do perfil. Já o Instagram autoriza a exclusão da conta ou a transformação do conteúdo em um memorial, mediante o preenchimento de um formulário on-line.

A partir da atualização implementada em dezembro de 2021, os usuários têm a capacidade de adicionar um Contato de Legado ao seu ID Apple. Este recurso permite a inclusão de uma variedade de dados, tais como fotografias, mensagens, notas, arquivos, aplicativos baixados, backups de dispositivos e outros elementos pertinentes. Contudo, certas informações, como compras de filmes, músicas, livros ou assinaturas realizadas com o ID

Apple, assim como os dados armazenados no aplicativo Chaves, incluindo detalhes de pagamento, senhas e chaves de acesso, permanecerão inacessíveis para o Contato de Legado.

Destaca-se a importância de reconhecer e respeitar a autonomia do indivíduo em relação aos seus bens digitais, ao mesmo tempo em que reconhecem a necessidade de considerar os interesses dos herdeiros e familiares após o falecimento. As práticas adotadas pelas empresas de redes sociais podem servir como um ponto de partida para uma possível regulamentação legal sobre o tema no âmbito do Direito das Sucessões.

Além disso, é importante mencionar que houve um caso em que levou o Termos de Serviço do provedor de aplicação como um norte ideal no julgamento. Uma vez que não há ainda normas pátrias expressas ou doutrina conciliada acerca do tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo deu o procedimento à manifestação de vontade da falecida perante a empresa Facebook – atual Meta, mesmo que não dentro do aparelho formal do testamento:

ACÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – EXCLUSÃO DE PERFIL DA FILHA DA AUTORA DE REDE SOCIAL (FACEBOOK) APÓS SUA MORTE – QUESTÃO DISCIPLINADA PELOS TERMOS DE USO DA PLATAFORMA, AOS QUAIS A USUÁRIA ADERIU EM VIDA – TERMOS DE SERVIÇO QUE NÃO PADECEM DE QUALQUER ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NOS PONTOS ANALISADOS – POSSIBILIDADE DO USUÁRIO OPTAR PELO APAGAMENTO DOS DADOS OU POR TRANSFORMAR O PERFIL EM "MEMORIAL", TRANSMITINDO OU NÃO A SUA GESTÃO A TERCEIROS – INVIABILIDADE, CONTUDO, DE MANUTENÇÃO DO ACESSO REGULAR PELOS FAMILIARES ATRAVÉS DE USUÁRIO E SENHA DA TITULAR FALECIDA, POIS A HIPÓTESE É VEDADA PELA PLATAFORMA – DIREITO PERSONALÍSSIMO DO USUÁRIO, NÃO SE TRANSMITINDO POR HERANÇA NO CASO DOS AUTOS, EIS QUE AUSENTE QUALQUER CONTEÚDO PATRIMONIAL DELE ORIUNDO – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDUTA DA APELADA A ENSEJAR RESPONSABILIZAÇÃO OU DANO MORAL INDENIZÁVEL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO. Assim, devem prevalecer, quando existentes, as escolhas sobre o destino da conta realizadas pelos indivíduos em cada uma das plataformas, ou em outro instrumento negocial legítimo, não caracterizando arbitrariedade a exclusão post mortem dos perfis. Inexistente manifestação de vontade do titular neste particular, sobressaem os termos de uso dos sites, quando alinhados ao ordenamento jurídico. (...) No entanto, não há como imputar à apelada responsabilidade pelos abalos morais decorrentes da exclusão dos registros, já que decorreram de manifestação de vontade exarada em vida pela usuária, ao aderir aos Termos de Serviço da apelada, os quais, de um modo ou de outro, previam expressamente a impossibilidade de acesso ilimitado do conteúdo após o óbito. (TJSP; Apelação Cível 1119688-66.2019.8.26.0100; Relator (a): Francisco Casconi; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/03/2021; Data de Registro: 11/03/2021).

À vista desta decisão, o relator verifica e assente com a demonstração de vontade dos usuários por meio do contrato acordado entre estes e a empresa Facebook, atitude que valida e flexibiliza a falta de formalidade específica para este tipo de herança. A partir desta percepção interpretativa, a transmissibilidade dos dados digitais pessoais se aproxima mais facilmente dos que utilizam as plataformas para compartilhar e armazenar conteúdo, mas reforça também o juízo de que tudo relacionado à conta online tem caráter personalíssimo. Consequentemente, a intransmissibilidade destes bens digitais pessoais advinda com os direitos da personalidade – e assinaladas nos Termos de Serviço – indicam a ausência de traços patrimoniais, o que não permite a sua transmissão sucessória, indo contra a idealização dos projetos de lei nacionais e à parte oposta da jurisprudência.

5 ACERVO DIGITAL: BEM PATRIMONIAL OU EXISTENCIAL?

Os projetos em debate levantam questões fundamentais sobre a titularidade dos materiais construídos em vida pela pessoa na internet, assim como sobre a proteção dos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade, especialmente quando se trata de bens digitais que são uma projeção da intimidade do falecido.

Em parecer, Pablo Malheiros Cunha Frota oferece uma análise substancial sobre as objeções aos projetos demonstrados em questão. Em suma, os projetos autorizam a transmissão automática de todo o acervo digital do falecido aos herdeiros, sem considerar os direitos fundamentais à liberdade e à privacidade, especialmente quando não há uma declaração expressa de vontade ou comportamento conclusivo do titular dos bens digitais autorizando o acesso ou a gestão por terceiros (Frota, 2017). Terceiros que interagiram com o falecido em vida também teriam suas privacidades expostas aos herdeiros, o que levanta preocupações adicionais sobre a proteção dos direitos à privacidade. É fundamental respeitar os diversos prismas da vida privada, incluindo a liberdade positiva de cada indivíduo decidir sobre sua própria vida, sem interferências indevidas da comunidade, do Estado ou de terceiros.

Os projetos de lei parecem transmutar o regime de propriedade do Direito das Coisas para os direitos da personalidade, transformando os direitos de personalidade do falecido em bens patrimoniais, o que pode criar um precedente problemático em relação à valorização econômica da intimidade e da imagem da pessoa falecida. A gestão do acervo digital deve ser atribuída aos familiares ou terceiros apenas se houver uma declaração expressa do falecido, seja por instrumento público ou particular, ou por meio de comportamento conclusivo nesse sentido. Na ausência de uma declaração expressa ou comportamento conclusivo do falecido, o acervo digital que represente sua personalidade não deve ser alterado, visto ou compartilhado por qualquer pessoa. Bens imateriais que refletem a privacidade do falecido não devem ser acessados pelos herdeiros ou por terceiros na ausência de uma manifestação de vontade clara do autor da herança.

Nessa tangente, o Enunciado n. 40 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) reconhece que "a herança digital pode integrar a sucessão do seu titular, ressalvadas as hipóteses envolvendo direitos personalíssimos, direitos de terceiros e disposições de última vontade em sentido contrário" (Enunciados doutrinários do IBDFAM, 2022, p.80). Assim, a solução do instituto também acolheu a separação do bem com caráter patrimonial dos que se relacionam intrinsecamente com a personalidade.

Os ativos digitais geralmente refletem e contêm expressões da personalidade individual, pois todo o conteúdo digital armazenado na conta online passou em algum momento no processo de discricionariedade pessoal de seu usuário. Então, há um alto nível de identidade do indivíduo falecido em seu perfil digital, fruto da manifestação deste em sua trajetória enquanto em vida, de sua autonomia. Desta forma, é inegável esta liberdade de atitude com os direitos da personalidade como a privacidade, a imagem, a honra e a integridade física e psicológica (Buzin, 2023).

Ademais, a gestão da herança digital precisa de um equilíbrio delicado entre a preservação da identidade digital do falecido e o respeito aos direitos da personalidade, garantindo a privacidade e a dignidade do indivíduo mesmo após sua morte. A balança entre o direito dos sucessores em herdar e a proteção de dados pessoais deve estar igualada, requisito este solucionado pela divisão dos ativos digitais em caráter patrimonial e existencial.

Assim, os ativos patrimoniais seriam aqueles que têm um valor monetário e podem ser repassados diretamente aos herdeiros sem qualquer necessidade adicional, como por exemplo os criptoativos. Já os existenciais são de ideia mais pessoal e íntima, como contas de mídia social, contas de e-mail ou álbuns de fotos digitais. Para que tenha a transmissão destes bens existenciais é necessário a expressa vontade do usuário falecido em um documento juridicamente vinculativo, como um testamento ou em acordo com os Termos de Serviço da plataforma digital, como já observado na jurisprudência (Consalter; Puchta, 2023).

Esta abordagem do tema se conecta à LGPD, pois o não cumprimento dos desejos expressos do indivíduo falecido em relação à transmissão de bens existenciais pode resultar em uma violá-la. Isso sublinha a importância de defender a privacidade e os direitos de dados dos indivíduos mesmo após sua morte. Ao requisitar uma manifestação de vontade expressa, as normas já estabelecidas de proteção de dados perduram, tendo função de impedir o acesso não autorizado ou o uso de ativos digitais (Consalter; Puchta, 2023).

6 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS EM DESTAQUE

À vista da problemática, é crucial ampliar e aprofundar o debate sobre a herança digital, evitando soluções simplistas que possam comprometer os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade, bem como os interesses legítimos dos herdeiros (Tartuce, 2019).

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, que entrou em vigor no Brasil em setembro de 2020, representa um marco significativo na regulamentação da proteção de dados pessoais. Os fundamentos da LGPD refletem ampla

preocupação com a proteção dos dados pessoais em todos os meios, incluindo o ambiente digital, como por exemplo com a autodeterminação informativa com base na autonomia privada, a inviolabilidade da intimidade, honra e imagem (Tartuço, 2019).

Uma eventual legislação sobre herança digital deve dialogar com a LGPD, levando em consideração seus princípios e disposições. Todavia, as propostas legislativas analisadas até o momento parecem não ter contemplado de forma adequada essa importante legislação emergente. Por conseguinte, qualquer regulamentação sobre herança digital deve ser cuidadosamente elaborada para garantir a proteção dos direitos dos indivíduos, incluindo o direito à privacidade e à autodeterminação informativa, conforme estabelecido pela LGPD.

Sumariamente, a herança digital requer abordagem cuidadosa, especialmente no que diz respeito à proteção da privacidade, intimidade e outros direitos personalíssimos da pessoa falecida. É crucial diferenciar os conteúdos digitais que envolvem a tutela desses direitos daqueles que não o fazem, a fim de estabelecer um caminho adequado para a atribuição da herança digital aos herdeiros legítimos.

Os dados digitais relacionados à privacidade e à intimidade da pessoa falecida devem ser tratados com especial cuidado e, em muitos casos, é razoável que desapareçam com ela. Esses dados são considerados personalíssimos e não devem ser transmitidos aos herdeiros, pois o perfil público é um modo de exteriorizar a intimidade e imagem do usuário (Mello; Vannucci, 2008). Por outro lado, outros conteúdos digitais podem ser considerados parte da herança e transmitidos aos herdeiros, desde que não violem direitos personalíssimos, direitos de terceiros ou disposições de última vontade em sentido contrário.

Mesmo que a LGPD forneça diretrizes para o processamento de dados, esta não deve abranger especificamente o tratamento de dados pessoais de indivíduos falecidos, pois é necessário uma estrutura legal objetiva acerca do assunto. Logo, a lacuna sobre herança digital e proteção de dados *post mortem* precisa também dialogar com os princípios fundamentais da Constituição Federal, bem como com todo o ordenamento jurídico brasileiro.

7 O ENTENDIMENTO ALEMÃO

A insegurança jurídica mencionada nesta pesquisa demonstrou ser de extrema importância no ambiente europeu. O principal debate encontrado em casos práticos é entre as plataformas digitais – controladoras e armazenadoras do acesso ao manuseio do conteúdo – e os herdeiros interessados em acessar a conta órfã. Este choque de interesses gerou um extenso julgamento de cinco anos e até ao Tribunal Federal alemão⁴, instância similar ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil, que se deu início com o falecimento de uma adolescente no final do ano de 2012 e finalizou em 2018.

⁴ Der Bundesgerichtshof (BGH). v.12.07.2018 III ZR 183/17. Disponível em: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/741207/>.

Após a morte trágica em um acidente de metrô da menina, os pais entraram com ação contra o Facebook afirmando a impossibilidade de acessar a conta dela. Neste meio tempo a conta se transformou em um "memorial", algo estabelecido nos termos de uso do Facebook (atual Meta), porém os pais desejavam obter acesso ao conteúdo para investigar ocorrências de *bullying*, tendo em vista a suspeita de possível suicídio. Além disso, ocorria ao mesmo tempo um pleito de danos morais do condutor do metrô alegando trauma emocional por conta de sua "participação" na morte daquela.

A conta foi bloqueada em decorrência de aviso de terceiro sobre a tragédia, as postagens permaneciam as já compartilhadas pela menina quando em vida, mas os pais, que possuíam os dados de acesso da mencionada conta, não conseguiram verificar os dados contidos nesta. Assim, as conversas pessoais ocorridas no privado estavam impossibilitadas de verificação. Diante disto, o Facebook afirmava que o impedimento de acesso à conta era para proteção não apenas da usuária, como também de terceiros, uma vez que as conversas entre os "amigos" – da plataforma – e a garota eram compreendidas como privadas, onde a leitura dos dados por terceiros iria em choque com o direito à privacidade desses.

No caso em vista há uma preocupação à violação da privacidade, para que a esfera privada de qualquer usuário da rede não seja invadida em quaisquer situações. Posto isto, em decisão de primeiro grau, o juiz entendeu que e-mails e redes sociais seriam pertencentes à herança digital, dando total poder aos pais interessados. No entanto, já na instância de recurso, a sentença foi completamente reformulada com argumentação de que o acesso ao conteúdo particular desrespeitaria as existentes comunicações de terceiros, acatando a defesa do Facebook. Ainda foi discutido que mesmo que os termos previstos em um contrato – como é o do Facebook – são passíveis de transmissão aos herdeiros até então não havia sido definido como isto ocorreria em relação aos conteúdos personalíssimos, tendo em vista que é impraticável a compartimentação do que seria ou não seria privado.

O casal, insatisfeito com o novo julgamento, recorreu ao *Bundesgerichtshof* (BGH), o Tribunal Federal alemão, o qual deu o veredito em favor deles, reconhecendo como matéria de direito sucessório e concedendo acesso total da conta da *de cuius*. Deste modo, ao afirmar sua decisão, a Corte compreendeu que há contrato de consumo, pois a falecida teria concordado os termos de contrato de utilização com o Facebook, o que tornou passível de transmissão após sua morte. Ao seu ver, o direito de sucessão digital não estaria em choque aos direitos de personalidade da falecida e nem de terceiros, como também à proteção das conversas privadas.

As ocorrências de cada decisão geram um rico debate sobre direitos sucessórios e direitos de personalidade, o que o fez ser muito importante para o ecossistema jurídico civil. Compreende-se então que neste caso a sucessão ocorre para os bens digitais da mesma forma que transmite os bens "analógicos" como fotos, diários e cartas, pois adentra ao princípio da sucessão universal. Nesta tese, o objeto 'contrato de utilização' com o Facebook não terminaria com a morte do usuário, pois na sucessão automática os herdeiros substituiriam o

falecido no acordo na mesma posição jurídica deste tomando para si os direitos e obrigações ali acertados, e assim, com poder de pleno acesso aos dados guardados.

Uma vez que esta matéria de dados *post mortem* está inserida na relação consumidor-empresa na Alemanha, a sua Central de Defesa dos Consumidores recomenda que todo usuário indique uma pessoa de confiança para obter o controle total de seus dados em provedores de aplicação e diversas contas. Além disso, há alerta para apontar previamente qual a condução de sua conta, apagá-la ou ter papel de memorial, como também a vontade final de seus contratos (Mendes; Fritz, 2019).

No BGH foi compreendido que as cláusulas (termos de uso) propostas pelo Facebook de transformar a conta em memorial, sem acesso de qualquer pessoa, com exceção de indicação anterior de herdeiro, são abusivas, pois foram impostas de modo unilateral pela empresa, conseqüentemente, nulas. Ademais, concluiu-se que estas medidas seriam contrárias ao exercício principal desta rede social, a disponibilização do conteúdo gerado pela conta aos seus usuários, o que coloca o seu consumidor em significativa desvantagem (Mendes; Fritz, 2019).

Na questão sobre a natureza do contrato, há muitas dúvidas se este tipo seria personalíssimo, porém Mendes e Fritz demonstraram que o BGH não rotulou esta relação desta forma:

Para que assim o fosse, o contrato teria que ter conteúdo personalíssimo, de modo que os direitos e deveres lá presentes fossem moldados de tal forma à pessoa das partes que uma alteração subjetiva no contrato provocasse uma modificação essencial na prestação. Uma análise mais detida do contrato celebrado entre o Facebook e os usuários revela, contudo, que os deveres prestacionais dele decorrentes não têm natureza personalíssima. Isso pode causar espanto, à primeira vista, mas, o que, a rigor, tem cunho personalíssimo é o conteúdo da conta do usuário (dados pessoais, mensagens, postagens, fotos, vídeos etc.). Os deveres de prestação, em especial o de dar acesso ao usuário do Facebook, ao contrário, não têm cunho personalíssimo, pois as prestações devidas a um usuário não se distinguem das devidas a todos os demais usuários da rede (Mendes; Fritz, 2019, p. 197).

Além disso, ao concordar com os termos apontados, a proteção de privacidade de sua conta confiada à empresa diz a respeito sobre apenas enquanto em vida, isso quando não especificado o desejo da permanência deste sigilo *post mortem*. É importante mencionar também que esta temática também não prejudica o destinatário de conversas, porque a plataforma trabalha com a transmissão de mensagens para uma conta de seu interesse e não para uma pessoa determinada, e vice-versa, pois o emissor desta deve arcar com a probabilidade de terceiro estranho acessar o conteúdo inscrito. Fica a reflexão que a todo momento a comunicação entre duas pessoas pode estar sendo observada por terceiro, isto acontecendo por conta de reenvios ou de acesso direto à conta, desde chats de conversas a cartas enviadas.

Outro tópico de direito no julgamento foi sobre a natureza do conteúdo inserido nesta conta do *de cujus*. O Tribunal foi contra a ideia de dividir esta herança digital em caráter patrimonial e existencial, e a partir desta diferenciação um terceiro se responsabilizar em separá-los dentre a infinidade de dados encontrados no cadastro do usuário, para que apenas o "patrimônio" tenha sucessão. O argumento disto veio com a ausência de distinção entre estas heranças na lei alemã e declarou que o mesmo ocorre com cartas, diários e documentos confidenciais, todos materiais de esfera pessoal, e nem por isto deixam de ser transmitidos. E depois, a prática desta classificação seria extremamente extensa e com mais dúvidas sobre a legitimidade de seu feitor, complicando exponencialmente os problemas.

Acerca do sigilo das comunicações, na Alemanha, a Lei de Telecomunicações § 88, inc. 3, dispõe que o prestador de serviço de comunicação está vedado de ter ou conferir a "outrem" o acesso ao conteúdo. Assim, a proibição se restringe a terceiros e não a sua transmissão aos herdeiros legítimos do falecido dono da conta, levando em conta que estes seriam participantes do processo de comunicação com a sucessão imediata⁵. A analogia com a prática das cartas na sucessão é recorrente na decisão e novamente aplicada aqui, porque sua ocorrência não entra em colisão com o sigilo de comunicação, e as mensagens não deixariam de ser nada mais do que uma "carta digital" (Mendes; Fritz, 2019).

Por último, a proteção de dados pessoais dos destinatários das mensagens do *de cujus* teria uma exceção, prevista no art. 6º, inc. 1, letra b do Regulamento nº 679/2016 – e colocada na legislação brasileira no art. 7º, V, da Lei nº 13.709/2018 – possibilitando o tratamento destes dados quando "necessário à execução de contrato", o que ocorre com o titular da conta. Isto possibilita o acesso e transmissão das mensagens dos receptores realizadas no Facebook, uma vez que é sua principal prestação ao consumidor, a qual se põe na obrigação de disponibilizar acesso aos dados enviados à conta destinatária. E como apresentado anteriormente, a situação ocorre da mesma forma em ambas as vias, e no momento que o antigo "dono" desta conta – com papel de emissor e destinatário de comunicações deste cenário digital – falece, sua transmissão é automática aos herdeiros legítimos, possibilitando o acesso a esta quando desejar.

A abordagem alemã sobre o destino dos bens digitais se revela diferente do entendido no âmbito jurídico brasileiro. Uma vez vista a menção de existência de relação de consumidor entre o usuário e a empresa de aplicação "detentora" dos dados há ainda mais reflexões a serem feitas pelos congressistas e juristas acerca do tema. Outro ponto em destaque é a ideia de "portador da conta", deixando de lado a concepção que o registro, dados, conteúdo publicado, conversas com terceiros, de um usuário seria material privado e de acesso único deste, o que reduz tudo isto a apenas um contrato de serviço de comunicação.

Portanto, ao examinar a perspectiva dos juristas alemães surge um alerta para a necessária inserção desta nos debates de aplicação legal no Brasil. Este significativo caso

⁵ BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 57 e seguintes.

prático constitui novos raciocínios jurídicos de imprescindível apreciação, levando em consideração a semelhança entre os dois ordenamentos positivados proporcionado pela adoção do *civil law* em ambos.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica visível o interesse e urgência sobre a explícita definição e as consequências da herança digital no meio normativo brasileiro. Desta forma, no ordenamento jurídico brasileiro, existem princípios e regras gerais que orientam os efeitos jurídicos decorrentes do falecimento, mas não deixa de ser fundamental regras práticas e precisas a respeito de herança digital para lidar com estas questões sucessórias contemporâneas.

Diante disto, não pode ser ignorado a presença de uma abordagem ampla e que dialoga além do Direito Civil, tendo em vista a relação da herança digital com o Direito do Consumidor apresentada pela jurisprudência alemã. O direito da personalidade do usuário falecido configura como limite da transmissão dos bens digitais aos seus sucessores, mas na visão brasileira é predominante a exigência de exista uma exposição de sua última vontade barrando explicitamente esta herança.

De fato, é compreensível este requisito, uma vez que os herdeiros substituem diretamente o morto na titularidade de determinado patrimônio, o sucedendo nos direitos e obrigações existentes por conta destes bens deixados. Atualmente, compreende-se que o patrimônio de um falecido é composto pelo conjunto de bens geridos ao longo de sua vida, abrangendo todas as relações jurídicas possíveis, incluindo tanto direitos quanto deveres. Então, faz sentido a argumentação alemã quando a conta de Facebook do *de cuius* é transmitida aos herdeiros, pois esta não deixa de ser um patrimônio, o qual o posto de participante do serviço de comunicação passa a ser destes, o sucedendo em conversas com terceiros e no controle do perfil.

A situação narrada e decidida assimila pressupostos de dar preferência aos direitos sucessórios dos vivos do que os direitos personalíssimos dos mortos, pois apenas garantiria estes últimos nos casos em que há testamento, uma vez que o testamento expressa a vontade do falecido quanto à destinação de seus bens. No entanto, também faz sentido os que defendem que a ausência de declaração não ser vistos como uma autorização tácita que os bens podem ser disponibilizados à família. A privacidade do falecido precisa ser verificada em todo o conjunto, em consonância com a garantia constitucional à intimidade e vida privada, conforme o Artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

Esta última manifestação ainda não é popular no testamento costumeiro nos dias de hoje, o que deixa – por muitas vezes, como anteriormente visto nos julgados – a cargo do que foi ajustado pelo usuário falecido nos “Termos de Serviços” das redes sociais. Isto tem seu lado positivo de dar esta oportunidade não muito discutida ao utilizador da conta, podendo assegurar a sua privacidade e intimidade de todo seu conteúdo ali guardado para si, uma

ótima maneira de proteger seus direitos de personalidade. Porém, esta opção de escolha de excluir ou manter sua conta como um legado a alguém também não é muito conhecida.

Assim, além dos necessários debates sobre a herança digital, é preciso também a obrigatoriedade de aplicação de medidas assertivas dentro das plataformas para indicar a preferência do usuário enquanto em vida. Como consequência, a total privacidade deste e do terceiro com que ele se comunicava continuaria pós falecimento, bem como diversos embates jurídicos seriam evitados com apenas um clique.

Tudo isto reflete o desenvolvimento da humanidade com as novas técnicas de comunicação e armazenagem criadas. Ao passar dos anos, os significados das palavras sofrem evoluções, incluindo conceitos como direito, justiça, herança e sucessões, que se adaptam às mudanças tecnológicas. Essas adaptações não são apenas necessárias, mas fundamentais para refletir a complexidade da sociedade contemporânea.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Jonas F. A extensão existencial por testamentos afetivos. **IBDFAM**. 2 jun. de 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1138/A+extens%C3%A3o+existencial+por+testamentos+afetivos> Acesso em 10 de mar. de 2024.
- BUZIN, Fernanda Q. **O tratamento jurídico da herança digital no Brasil: entre a tradição e a inovação**. 2023. 59 f. Monografia (Graduação em Direito) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2023. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/4876> Acesso em 19 de mar. de 2024.
- DA SILVA, Olavo. Transmissão sucessória de bens incorpóreos digital e o entendimento de alguns tribunais. **Revista Vertentes do Direito**, v. 10, n. 2, p. 311;317, 2023. Disponível em: <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/17515/21807> Acesso em 15 de mar. De 2024.
- FERREIRA, Cinthia F.; LANA, Henrique A. A herança digital e o direito sucessório: nuances da destinação patrimonial digital. **IBDFAM**. 2 jun. de 2023. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1989/A%20heran%C3%A7a%20digital%20e%20o%20direito%20sucess%C3%B3rio:%20nuances%20da%20destina%C3%A7%C3%A3o%20patrimonial%20digital> Acesso em 20 de abr. de 2024.
- FROTA, Pablo Malheiros. **Mudança do art. 1788 do Código Civil para admitir expressamente a “herança digital”**. Parecer aprovado pela Comissão de Direito Civil em 14 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.iabnacional.org.br/pareceres/pareceres-votados/016-2017>. Acesso em: 18 mar. 2024.
- FACEBOOK. Central de Ajuda. **Sobre as contas de memorial**. Disponível em: https://www.facebook.com/help/1017717331640041/?helpref=hc_fnav. Acesso em: 20 de abr. de 2024.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. **Boletim Informativo do IBDFAM**, n. 33, jun./jul. 2017.p. 9.
- IBDFAM, **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 Acesso em: 25 de mar de 2024.
- Jornada Direito Civil. **IX Jornada Direito Civil : comemoração dos 20 anos da Lei n. 10.406/2022 e da instituição da Jornada de Direito Civil: enunciados aprovados**. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2022.56 p. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf> Acesso em: 17 de mar de 2024.

KOKTAN, Sara. Death 2.0: Facebook Memorial Pages. **Technical Communication Capstone Course**, 1 jan. 2017. Disponível em: https://cornerstone.lib.mnsu.edu/eng_tech_comm_capstone_course/15/ Acesso em: 19 de mar. de 2024.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital**. Porto Alegre: S. C. P., 2016.

MELLO, Roberta. VANNUCCI, Flávia. **Os dados pessoais em rede social e a morte do sujeito: considerações sobre a extensão da personalidade civil**. 01 jun. 2008. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/68886884/dados-pessoais-em-rede-social-e-a-morte-do-sujeito-43>. Acesso em 16 de abr. de 2024.

ORTIZ-OSPINA, Esteban. The rise of social media. **Our World in Data**, 18 set. 2019. Disponível em: <https://ourworldindata.org/rise-of-social-media#article-citation>.
PAIVA, A. C. Herança digital e a morte do usuário: a violação ao direito à privacidade dos bens. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, v. 88, p. 30/35, jun. 2023.

PUCHTA, Guilherme. V.; CONSALTER, Zilda. M. Digital inheritance in the light of the fundamental right to data protection. **Scientific Journal of Applied Social and Clinical Science**, v. 3, n. 12, p. 2–8, 8 jun. 2023. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/catalogo/artigo-revista/heranca-digital-a-luz-do-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-2>

SANTOS, E.; CASTIGLIONI, T. Herança Digital: A transmissão de Bens Virtual. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, p. 105; 109, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/4805> Acesso em 13 abr. de 2024.

MENDES, Laura S. F.;FRITZ, Karina N. Case report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Direito Público**, [S. l.], v. 15, n. 85, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>. Acesso em: 15 abr. 2024.

TARTUCE, Flávio. Herança Digital e Sucessão Legítima. Primeiras reflexões. **RJLB**. Ano 5, Nº 1, p. 871-878. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0871_0878.pdf Acesso em: 10 abr. de 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. v.6. Grupo GEN, 2024.

VENOSA, Silvio de S. Sucessões e herança digital: reflexões. **GENJurídico**. 14 mar. de 2022. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/civil/sucessoes-e-heranca-digital/> Acesso em 10 de mar. de 2024.

4

DOI: 10.5281/zenodo.13172011

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

MATOS, Victoria Domine. Famílias simultâneas, não monogamia e a possível superação do conservadorismo na sociedade atual. *Revista Insigne de Humanidades*, Natal, v. 1, n. 2, p. 62-82, maio/ago. 2024.

Recebido em: 13/06/2024

Aprovado em: 22/06/2024

Famílias simultâneas, não monogamia e a possível superação do conservadorismo na sociedade atual

Simultaneous Families, Non-Monogamy, and the Possible Overcoming of Conservatism in Contemporary Society

Victoria Domine Matos¹

Faculdade Integrada Campos Salles.

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8723160332571538>.

 E-mail: victoria.domine@hotmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA MONOGAMIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA. 3 MONOGAMIA: ENTRE TRADIÇÃO E EVOLUÇÃO JURÍDICA. 4 ALÉM DOS LIMITES: BIGAMIA, POLIGAMIA E NOVAS FRONTEIRAS AFETIVAS. 4.1 BIGAMIA: DESVENDANDO AS COMPLEXIDADES LEGAIS. 4.2 POLIGAMIA: DESAFIOS E CONTROVÉRSIAS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO. 4.3 NÃO MONOGAMIA: NOVOS PARADIGMAS AFETIVOS. 5 ENTENDIMENTOS CONTEMPORÂNEOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO. 6 FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS – NEM SEMPRE É NÃO MONOGÂMICA. 7 ENTRELASSE DE VÍNCULOS: DESAFIOS DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS. 7.1 ESTIGMA E PRECONCEITO. 7.2 DEVERES DOS INDIVÍDUOS DENTRO DA ENTIDADE FAMILIAR SIMULTÂNEA. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Advogada. Palestrante. Especialista em Direito e prática Penal. Graduada em Direito pela Faculdade Integrada Campos Salles. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8723160332571538>. E-mail: victoria.domine@hotmail.com.

RESUMO:

O estudo investiga a crescente presença de famílias simultâneas e práticas de não monogamia na sociedade contemporânea, desafiando o conservadorismo tradicional. Analisa-se a trajetória histórica da monogamia e sua consolidação como norma jurídica, destacando como novas configurações familiares emergem como resposta às mudanças culturais e sociais. O trabalho discute as implicações legais, sociais e morais dessas novas formas de relacionamento, propondo uma abordagem jurídica inclusiva que reconheça a diversidade afetiva. A pesquisa enfatiza a necessidade de reavaliar os conceitos tradicionais de família e de desenvolver políticas públicas que protejam todos os tipos de arranjos familiares, promovendo a igualdade de direitos e o respeito à diversidade. Conclui-se que o reconhecimento legal e social das famílias simultâneas e da não monogamia é essencial para assegurar a dignidade e os direitos das pessoas envolvidas, contribuindo para uma sociedade mais justa e inclusiva.

Palavras-chave:

Famílias simultâneas. Não monogamia. Conservadorismo. Diversidade afetiva. Inclusão jurídica.

ABSTRACT:

This study investigates the increasing presence of simultaneous families and non-monogamous practices in contemporary society, challenging traditional conservatism. It analyzes the historical trajectory of monogamy and its consolidation as a legal norm, highlighting how new family configurations emerge in response to cultural and social changes. The paper discusses the legal, social, and moral implications of these new forms of relationships, proposing an inclusive legal approach that recognizes affective diversity. The research emphasizes the need to reassess traditional concepts of family and develop public policies that protect all types of family arrangements, promoting equal rights and respect for diversity. It concludes that the legal and social recognition of simultaneous families and non-monogamy is essential to ensure the dignity and rights of those involved, contributing to a more just and inclusive society.

Keywords:

Simultaneous families. Non-monogamy. Conservatism. Affective diversity. Legal inclusion.

1 INTRODUÇÃO

Sob um prisma histórico, a sociedade enfrenta contínuas transformações nos âmbitos social, político e religioso. Contudo, mesmo sob a égide do conservadorismo, a instituição familiar permanece como a pedra angular dos preceitos divinos, caracterizada pelo patriarcalismo arraigado na hegemonia masculina sobre a feminina, onde a união heterossexual em matrimônio, estável, coesa e fecunda durante muito tempo ostentou status social e modelo comportamental padrão.

Atualmente, as famílias tradicionais e conservadoras estão sendo renovadas por novas correntes, novas perspectivas nunca antes exploradas, sugerindo que a geração contemporânea está desafiando os padrões estabelecidos e forjando novos vínculos e entendimentos, assim reconfigurando o conceito de unidade familiar, embora as normas coletivas tendam a não acompanhar a maioria das mudanças nos padrões sociais.

É manifesto que o Direito, enquanto ciência reguladora das normas e comportamentos sociais, deve estar atento às mudanças no panorama, seja para adequar as disposições legais às novas formas de convivência, seja para facilitar os ajustes e desajustes sociais, afinal, não é incumbência do Direito moldar-se às mudanças das pessoas, mas sim o inverso.

Neste cenário de novas realidades familiares, diversas são as modalidades de estruturação que, em última análise, convergem para o conceito mais puro e estrito de família: A unidade familiar vital da sociedade. Abarca não apenas os arranjos matrimoniais, mas também as uniões estáveis entre parceiros de ambos os sexos, bem como os vínculos entre pais e filhos, independentemente da existência de laços formais entre os progenitores. O verdadeiro valor dessa ligação familiar transcende as convenções matrimoniais, estabelecidas legalmente, que delimitam a estrutura familiar convencional, revelando-se em uma nova essência de afeto e compromisso.

Do ponto de vista da consanguinidade, a família é apenas a genética de um ancestral comum. Em contrapartida, é vero que a consanguinidade não é um fator prático e único, visto que o vínculo da afinidade se torna tão importante quanto.

Contudo, a antiquada estrutura familiar, anteriormente unitária e centrada no matrimônio, começa a adotar uma forma mais inclusiva, reconhecendo a diversidade dos novos núcleos familiares como uma evolução do entendimento sobre a família.

É imprescindível adotar uma visão pluralista em relação à instituição familiar, acolhendo uma ampla gama de configurações familiares e buscando identificar o elemento que permite abranger, no conceito de família independentemente de sua forma.

O elemento que busca distinguir as famílias atuais, parece residir exclusivamente no afeto. É a ligação emocional que transcende um relacionamento meramente baseado na vontade dos envolvidos, onde o sentimento de amor une as pessoas e vai além das preocupações legais e materiais.

O que outrora não era difícil de se observar, um modelo familiar impregnado pela hierarquia conservadora do patriarcalismo, protegido durante muitos anos pelo código civil de 1916, viu-se alterado em virtude do princípio da dignidade humana, permitindo assim uma significativa mudança onde os cônjuges passaram a assumir a família de maneira igualitária.

Atualmente, a “família tradicional brasileira” conceito muito utilizado na internet e na linguagem popular como uma definição de família tradicional, patriarcal e conservadora, nos moldes de constituição heterossexual e com filhos, tem sido desmantelada aos poucos e lutado para resistir aos moldes tradicionais.

O fato é que esta família supracitada já não é mais a única que deve ser reconhecida dentro do direito constitucional, tampouco no direito civil, pois ao longo do tempo as famílias que sempre existiram, mas eram “moralmente” invisíveis passaram a chamar atenção e ocupar espaço na sociedade, trazendo ao legislador a obrigação de normativas sobre o novo conceito familiar.

Surge, então, a família democratizada, fundamentada não apenas no vínculo formal, mas essencialmente na preponderância do afeto, amor e respeito.

As alterações legislativas e jurisprudenciais, embora dinâmicas, jamais poderão acompanhar plenamente o avanço desse fenômeno social, no qual o formalismo e os dogmas cedem lugar à liberdade de sentimentos e aspirações pessoais. Portanto, cabe aos doutrinadores, juristas, legisladores e operadores do Direito, da melhor forma possível, conceituar e interpretar a família contemporânea, que adquire novas formas e contornos, sempre com uma visão desprovida de preconceitos e receptiva aos 'novos tempos', pois o que deve prevalecer é o respeito às liberdades individuais do ser humano e sua dignidade, alinhadas e consonantes com a Carta Constitucional, deixando claro que o afeto, o amor e o respeito são as forças motrizes de qualquer relação.

Não se pode mais ignorar que os laços consanguíneos, por si só, não definem exclusivamente o que é família, sob pena de ignorar a realidade das famílias homoafetivas, pluralistas e, no caso, simultâneas.

2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA DA MONOGAMIA NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A união eterna é excepcional entre os mamíferos, isto é, relações duradouras e monogâmicas semelhantes ao casamento, apenas existe de fato na espécie humana. O número de espécies que formam pares duradouros, que se enlaçam durante muito tempo com seus parceiros, corresponde a uma parcela muito pequena, à apenas 5% das espécies. No restante correspondente aos 95%, os indivíduos tratam apenas de procriar, sem a menor distinção de parceiros, sem a necessidade de conduzir uma família conjugal, muitas vezes mantendo apenas a genitora e a prole, ou após o nascimento, cada ente segue individualmente a sua vida. Diante deste fato, uma possível indagação: Por que será que o homem adotou esse o hábito da união conjugal?

No ano de 1999, em matéria publicada na revista *Super Interessante*, restou lúcida a conclusão que a monogamia evoluiu para espécie humana por causa das proles. Os bebês primatas, por serem extremamente frágeis, necessitavam de constante cuidado das fêmeas que, por sua vez, valiam-se dos machos no auxílio com a criação. As uniões dependem muito de cada espécie, entretanto o comum, como por exemplo, na classe dos primatas, após a prole atingir sua independência, seus genitores seguem individualmente e procuram outros parceiros para se relacionarem e reproduzirem-se. (Lerrer; Débora. 2016)

Para a Antropóloga Americana Helen Fisher da Universidade de Rutgers, o casamento entre seres humanos acontece por fatores culturais:

Os primeiros hominídeos devem ter adotado um modelo de família parecido com o dos macacos, isso mudou com a evolução. Além de os bebês demorarem muito mais tempo para amadurecer que os outros filhotes, o sentimento de vínculo entre os seres humanos é mais forte. O amor conjugal nasceu, assim, de uma necessidade evolutiva, mas ganhou novos rumos sob a influência da cultura. Os tipos de casamento e de costumes sexuais variam de acordo com o lugar e a época. Até a opção pelo celibato, a abstinência do sexo, é considerada normal pelo homem. (FISHER, Helen. LERRER, Débora. Por que somos monogâmicos? 19, dezembro, 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/casamento-tudopelos-filhos/>).

No mesmo raciocínio o entendimento de que “A espécie humana é preferencial e biologicamente polígama, mas também é principalmente monógama e – quando as condições são propícias”. (Barash, Lipton. 2007. p. 269) Em outras, são as fêmeas que o fazem. Qual o modelo para os seres humanos? Provavelmente os dois.

A relação humana vem superando o viés biológico quando se trata de família, superado o conservadorismo da forma familiar monogâmica e conjugal, deve-se observar a ótica cultural da família, uma vez que a forma familiar não é a mesma a ser preservada em todos os países e culturas, como nos países árabes é comum a poligamia, um homem possuir matrimônio com diversas mulheres. Já no Brasil essa forma de matrimônio não é permitida.

A fim de demonstrar o entendimento a respeito das famílias, é necessário observar que ela é um fenômeno histórico, que continuamente muda de acordo com os avanços da sociedade, e se faz necessário ainda, compreender que a família está associada a diversos fatores sociais como economia, tempo e espaço, meios de produção, ainda esclarece o autor que as mudanças advêm de um período um tanto longínquo, entretanto, marcado pela promiscuidade social, culminando a monogamia no ocidente (Engels, 2019).

A monogamia apareceu em um momento de modificações das famílias sindiasmica, ou seja, aquela detentora de vínculos biológicos. Entretanto, em épocas mais distantes o matrimônio era a única forma de construção familiar, mas as regras da relação conjugal o homem predominava e muitas vezes, dependendo do seu poder aquisitivo, possuía mais mulheres e a infidelidade era tolerada pelas parceiras, malgrado, não poderem contestar essa

decisão, devendo manter a fidelidade os seus cônjuges, do contrário eram severamente punidas.

Superado o momento temporal da barbárie para a idade média, alguns hábitos vieram a mudar os costumes advindos de outra época, empregando a monogamia, impondo laços conjugais mais fortes, que só poderiam ser rompidos com o aval masculino, tornando mulheres, escravas de seus maridos, pois, não possuíam voz, nem vontade, apenas se apresentavam para a servidão conjugal.

Ainda, Engels sustenta a tese de que a monogamia traz em sua forma material o machismo, introduzido pelo poder masculino em detrimento da mulher, e que de forma a observar o contexto histórico, de que a humanidade dentro da sociedade monogâmica é avidamente adúltera quando possui as condições propícias para realizar possíveis lascívia (Engels, 2019).

Dessa forma, e mantendo-se no critério histórico, é flagrante o predomínio e a dominação masculina como elementos autorizadores, e porque não dizer justificadores, da infidelidade por parte dos homens.

Diante da perspectiva histórica, é possível perceber que a monogamia nada mais é do que uma forma de dominação e controle dos gêneros. Destaca-se que a fidelidade não interliga-se com a relação entre mais pessoas e sim a boa-fé em que os indivíduos envolvidos possuem. Razão esta que demonstra que a monogamia não tem ligação com o amor romântico e sim interesses puramente individuais e diversos aspectos, frisando ainda que a fidelidade sempre foi algo muito cobrado em relação ao gênero feminino, e desprezado pelo masculino.

Não se pode olvidar, do mesmo modo, que a convivência e forma social; a prevalência e predominância do patriarcado em detrimento das mulheres e o enraizado machismo que permeia, até os dias atuais, todas as nações, propiciam aos homens terreno fértil e fácil para a prática do adultério. Não diferente, diversos são os casos em que feminicídios se justificam pela já superada tese da “legítima defesa da honra”.

Não pode passar *in albis*, ademais, que tanto a Igreja Católica, quanto os protestantes advindos da grande revolução Luteriana, como direcionadoras da conduta humana e impositoras do temor e respeito pelo divido e sagradas escrituras, possui enorme interesse de impor e padronizar os comportamentos da sociedade.

No Antigo Testamento, texto da bíblia sagrada do cristianismo, diversos são os trechos que demonstram a predominância da poligamia como prática natural é possível notar essa situação dentro do primeiro livro da bíblia “E tomou Lameque para si duas mulheres: o nome de uma era Ada, e o nome da outra, Zilá”. (Bíblia Sagrada. A.T, Gêneses, capítulo 4, versículo 19), já atualmente, a bíblia passou a possuir em seu texto uma forma de proteção ao casamento religioso, mantendo o princípio monogâmico e a união indissolúvel com a famosa frase “até que a morte os separe”.

O protestantismo, por sua vez, nada modificou e continuou a pregar e reconhecer o matrimônio como o sétimo sacramento, isto é a ideia da união indissolúvel e condenando qualquer outra forma existencial da família, se não a advinda do matrimônio heterossexual e monogâmico, sendo o dever mútuo de fidelidade, e as práticas de relações fora do casamento um ato imperdoável diante da igreja e de seu cônjuge.

3 MONOGAMIA: ENTRE TRADIÇÃO E EVOLUÇÃO JURÍDICA

A instituição da monogamia, ao longo dos séculos, consolidou-se como um dos pilares fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro. A sua trajetória histórica revela um intrincado entrelaçar de valores culturais, normativos e sociais, que moldaram não apenas as relações familiares, mas também as bases legais que as sustentam.

A história da sociedade brasileira mostra que, tanto na fase colonial quanto na imperial, sofreu-se uma sobreposição jurídica. A legislação europeia foi simplesmente transferida para o solo nacional, indiferente ao fato de os contextos culturais serem frontalmente diversos. Sendo assim, as premissas do Direito Europeu foram deslocadas e forçadas “como resultado do processo de expansão marítima e comercial europeia, e menos como fruto de um ‘achamento’ circunstancial.” (Fachin, 2001, p.19).

A monogamia, enquanto instituto jurídico, estabelece a união exclusiva entre dois indivíduos, conferindo-lhes direitos e deveres recíprocos perante a lei. No entanto, sua compreensão vai além da mera imposição normativa, adentrando os domínios da moral, da religião e da própria evolução da sociedade.

No contexto brasileiro, a monogamia emergiu como uma resposta às transformações sociais e políticas que marcaram o processo de formação do Estado nacional. Inspirada em preceitos religiosos e na influência do Direito Romano, a monogamia foi gradualmente incorporada ao arcabouço jurídico brasileiro, refletindo não apenas uma imposição legal, mas também um reflexo dos valores morais dominantes.

Contudo, é importante ressaltar que a concepção de monogamia não é estática, mas sim dinâmica, adaptando-se aos anseios e demandas da sociedade contemporânea. Nesse sentido, a evolução jurídica da monogamia não se restringe apenas à sua manutenção como modelo único e exclusivo de união, mas sim à sua capacidade de se adequar às novas realidades familiares e afetivas que emergem na era moderna.

Assim, a análise da monogamia no ordenamento jurídico brasileiro não se resume apenas a uma investigação histórica, mas também a um olhar prospectivo sobre seu papel nas relações familiares do futuro. À medida que a sociedade se transforma, cabe ao Direito acompanhar essas mudanças, garantindo a proteção dos direitos individuais e o respeito à diversidade de arranjos familiares que caracterizam o mundo contemporâneo.

4 ALÉM DOS LIMITES: BIGAMIA, POLIGAMIA E NOVAS FRONTEIRAS AFETIVAS

Dentro de um conceito histórico, a poligamia, bigamia e demais formas de uniões não tão convencionais no Brasil, geralmente são associadas as formas de cultura e religião, todavia, há um bom tempo, essas formas de expressão de relacionamento vêm transcendendo as fronteiras culturais e geográficas.

Ao explorar formas não “tradicionais” de relacionamento, somos levados a refletir sobre os valores, normas e instituições que moldam nossas concepções de amor, compromisso e família. A compreensão dessas dinâmicas requer uma abordagem interdisciplinar, que integre conhecimentos da psicologia, sociologia, antropologia e direito, a fim de elucidar as complexidades envolvidas e informar políticas públicas e decisões judiciais que promovam o respeito à diversidade e a proteção dos direitos individuais dentro desses contextos afetivos emergentes.

4.1 BIGAMIA: DESVENDANDO AS COMPLEXIDADES LEGAIS

A bigamia, caracterizada pela prática de contrair matrimônio com outra pessoa estando já casado, constitui uma das formas mais graves de violação ao instituto do casamento e às normas jurídicas que regem as relações familiares. No contexto do direito brasileiro, a bigamia é considerada crime, conforme disposto no Código Penal Brasileiro em seu artigo 235.

A proibição da bigamia baseia-se em fundamentos legais, éticos e sociais. Do ponto de vista legal, a bigamia atenta contra a instituição do casamento monogâmico, violando os direitos e deveres decorrentes dessa união legal. O Brasil possuindo uma tradição monogâmica marginaliza a bigamia, por ser diferente do modelo tradicional de família, excluindo esta entidade familiar e forma de afeto do convívio social.

Além disso, a bigamia gera uma série de implicações jurídicas, especialmente no que diz respeito à sucessão, à partilha de bens e à guarda dos filhos, podendo resultar em litígios complexos e prolongados.

No âmbito do Direito de Família, a bigamia suscita questões delicadas relacionadas à validade dos casamentos subsequentes e à proteção dos direitos dos cônjuges e dos filhos. A identificação dos herdeiros legítimos e a definição de seus direitos patrimoniais exigem uma análise minuciosa da situação familiar e dos vínculos de parentesco.

A análise da validade dos casamentos em casos de bigamia envolve a interpretação de dispositivos legais e a aplicação de princípios como o da boa-fé, além de abalar a segurança jurídica, que até o momento deste artigo ainda não possui decisões que norteiam de fato o assunto.

No campo do Direito Penal, a bigamia é considerada crime de natureza formal, ou seja, consuma-se no momento da celebração do segundo casamento, independentemente da ocorrência de prejuízo efetivo. Contudo, a tipificação da bigamia como crime levanta questões

sobre a efetividade das sanções penais e a necessidade de políticas públicas voltadas para a prevenção e o combate a essa prática.

Em suma, a bigamia representa um desafio complexo para o ordenamento jurídico brasileiro, demandando uma abordagem multidisciplinar que considere não apenas os aspectos legais, mas também as implicações sociais e familiares dessa prática. A prevenção e o enfrentamento da bigamia exigem a adoção de políticas públicas efetivas, bem como o fortalecimento dos mecanismos de educação e conscientização sobre a importância do respeito à monogamia e à fidelidade conjugal.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consagração expressa do Estado laico, o que, obviamente, trouxe importante liberdade religiosa, finalmente trazendo a possibilidade de novas constituições familiares, trouxe a consequência esperada: a realidade passou a refletir nas normas. A constituição pode trazer, além das previsões relativas à livre crença e ao livre culto, em seu artigo 226, §8º ampliou a proteção jurídica às famílias, na pessoa de cada um de seus membros. Trata-se da repersonalização invocada pela “restauração da primazia da pessoa, nas relações de família, na garantia da realização de afetividade e de sua dignidade, é a condição primeira de adequação do direito à realidade.” (Lôbo, 2018, Vol. 5 p. 19).

Todavia, ainda que a constituição traga embasamento e haja possibilidade de interpretação jurídica para doutrinas as relações familiares, tendo em vista o cenário retratado no viés da monogamia, será necessário revelar a realidade adentrada sobre os padrões diferentes dessa família formal, demonstrando o quanto for necessário, para tecer uma tutela jurídica eficiente para resguardá-las, sendo possível somente através de mudanças radicais nas políticas públicas, legislativas em todo o ordenamento jurídico.

4.2 POLIGAMIA: DESAFIOS E CONTROVÉRSIAS NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Em razão da flexibilização das relações amorosas, interpessoais de amigadas, decorrentes de uma sociedade moderna, o tema poligamia tem sido frequentemente usado e requerido como forma de aceitação na sociedade.

Apesar de estar vindo à tona nos últimos tempos, a poligamia não é algo moderno, pelo contrário, é a forma de afeto e companheirismo mais antiga existente. Uma vez que todas as uniões eram feitas desta forma sem amarras tampouco regras moralizadoras sociais. Desde os primórdios, afinal, a poligamia representa uma grande parcela de estrutura familiar, sendo presente não apenas na espécie humana.

A poligamia consiste em uma forma de afetividade que se estende no viés romântico, abrindo a relação para mais de três parceiros em uma mesma relação, onde todos possuem conhecimento das demais pessoas envolvidas e além do caráter amoroso, estendem-se os demais princípios familiares, sendo assim os envolvidos passam a viver no mesmo local cooperando para a manutenção da família.

Os hábitos sociais contemporâneos têm ensejado uma profunda reconfiguração do conceito de família, transcendendo os paradigmas tradicionais, dando voz a valores como afetividade, solidariedade e reverência, que emergem como esteios inalienáveis das relações familiares contemporâneas, contrastando com os moldes mais rígidos da sociedade “patriarcal” (Tavares; Souza, 2017)

A Carta Magna de 1988 foi um ponto de inflexão nesse processo, ao consagrar a família como alicerce da sociedade, com especial tutela do Estado, alicerçada no postulado da dignidade da pessoa humana (artigo 226). Essa amplitude legal criou espaço para a exaltação da diversidade das formas familiares, admitindo vínculos afetivos como substrato legítimo para a formação de uma família, independentemente do formato oficial do matrimônio. Essa mutação paradigmática redundou em uma reinterpretação dos pilares do direito privado, com a família passando a ser embasada no amor e na afetividade, sobrepujando a antiga concepção patriarcal. Isso facultou que as relações familiares fossem mais inclusivas e pautadas na emotividade, espelhando a heterogeneidade e complexidade da sociedade atual.

No prisma da união poliafetiva, enquanto modelo familiar desprovido de regulamentação específica no âmbito jurídico, emerge como uma realidade que demanda atenção diante de sua crescente proeminência na sociedade contemporânea. Assim como a conquista do reconhecimento da união homoafetiva foi alcançada por meio de transformações na legislação, a união poliafetiva também aguarda por uma abordagem jurídica condizente. O direito, em sua constante evolução, deve adaptar-se às mudanças sociais, ao invés de aguardar que a sociedade se ajuste às normativas legais que definidas.

A promulgação da Constituição de 1988 acarretou em inovações cruciais para o Direito de Família, como o reconhecimento da união estável como entidade familiar e a introdução de princípios basilares, a exemplo da afetividade, da dignidade da pessoa humana e do direito à busca da felicidade. No entanto, a integração desse novo modelo de família ao ordenamento jurídico suscita desafios complexos, tais como questões atinentes à previdência e à sucessão, as quais demandam tempo e reflexão para a formulação de soluções adequadas.

A ausência de uma regulamentação específica para a união poliafetiva permeia um cenário de incerteza e insegurança jurídica como já discutido, tanto para os indivíduos envolvidos quanto para as instituições sociais que tangenciam essa realidade. Nesse contexto, urge a necessidade de um diálogo interdisciplinar e uma análise minuciosa por parte dos operadores do direito, a fim de compreender os contornos e as implicações desse arranjo familiar, visando garantir-lhe a devida proteção e reconhecimento perante a lei.

Afim de trazer uma análise sobre superação dos obstáculos jurídicos relacionados à união poliafetiva requer um esforço conjunto entre legisladores, juristas e a sociedade civil, pautado na busca pela equidade, justiça e respeito à autonomia individual. Somente por meio de uma abordagem sensível e progressista será possível construir um arcabouço legal que contemple a diversidade e a complexidade das relações familiares contemporâneas, promovendo, assim, a verdadeira realização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos.

4.3 NÃO MONOGAMIA: NOVOS PARADIGMAS AFETIVOS

A não monogamia semelhante ao poliamor, é o fenômeno onde os envolvidos sabem do contexto do envolvimento de outras pessoas, todavia, nem sempre envolvendo-se entre si, como por exemplo; inicialmente um casal interage com uma terceira pessoa, que pode vir a interagir com um quarto indivíduo que não necessariamente possui convivência com o primeiro casal.

O conceito de não monogamia emerge como um fenômeno complexo e multifacetado. Neste contexto, a não monogamia transcende a concepção convencional de exclusividade amorosa, abrindo espaço para uma multiplicidade de arranjos e vínculos interpessoais.

A evolução dos costumes e das mentalidades impulsionou uma revisão crítica dos modelos tradicionais de relacionamento, suscitando na transparência e no consentimento mútuo.

Sob a égide dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade de associação, torna-se imperativo que o direito se adapte às transformações sociais, reconhecendo e legitimando a diversidade de modelos familiares e afetivos. Afinal, a não monogamia não é uma anomalia, mas sim uma expressão legítima da multiplicidade humana e das diversas formas de amar e se relacionar.

Dessa forma, é fundamental que o debate jurídico e social sobre a não monogamia seja pautado pelo respeito à autonomia individual, pela promoção da igualdade de direitos e pelo combate a qualquer forma de discriminação ou estigmatização. Somente assim será possível construir uma sociedade mais inclusiva e justa, onde todas as formas de amor e afeto sejam reconhecidas, valorizadas e protegidas pela lei.

5 ENTENDIMENTOS CONTEMPORÂNEOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Os entendimentos do Supremo Tribunal Federal diante desta vertente não têm sido favoráveis, pois demonstra desamparo legal e diversas interpretações sobre a mesma regra, podendo beneficiar quanto lesar a parte pleiteadora do direito.

Ocorre que em razão do caráter moral e cultural que muitas vezes norteia o ordenamento, há cerceamento do direito individual e coletivo, pois é irrefutável que há constrangimento de uma norma em razão de um princípio que não possui sequer, hierarquia diante dos demais, sendo assim, como o princípio da monogamia, que é alegado para retirar o direito do amparo jurídico, poderia ser maior do que os demais princípios, como o da ostentabilidade, liberdade, dignidade da pessoa humana, afetividade, pluralismo familiar, convivência familiar, etc. isto é, com qual cunho e particularidade, estão sendo julgadas as situações familiares?

O órgão de maior poder não tem protegido de fato a constituição desta maneira, refutando princípios com outros princípios, desamparando e rebaixando famílias que ficam à deriva de um respaldo jurídico positivo.

O STF vem rejeitando o reconhecimento das uniões das entidades simultâneas, pois para unanimidade, a validade das uniões acabaria caracterizando a bigamia, tipificada como crime no código penal, novamente excluindo os demais princípios e incluindo apenas o da monogamia. Ademais, o código penal tipifica bigamia pessoas casadas e unidas em matrimônio, o que não ocorre na união estável, visto que, não leva o mesmo ato solene do casamento. Malgrado, o Supremo Tribunal Federal persiste em sustentar a tese e rejeitar a simultaneidade das famílias, cada vez mais recorrentes:

Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Tema 529. Constitucional. Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre companheira e companheiro, De Uniões Estáveis Concomitantes. Impossibilidade. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis **paralelas**, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada

a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Tema

529 - Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte.

Tese

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. (Min. Alexandre De Moraes, Tema Nº 529, Re Nº 1.045.273, 21 De dezembro De 2020, Plenário Do Supremo Tribunal Federal).

O grande foco do Supremo Tribunal de Justiça deveria ser em julgar a simultaneidade das famílias, ou seja, se há o vínculo familiar de fato, de tal modo a restar comprovado a coabitação de um dos entes de uma família para com a outra, assim como a ostentabilidade, afetividade etc. Após essa discussão, possuindo o respaldo positivo, isto é, as famílias de fato existem, então a próxima fase seria investigar a tutela merecida por elas, amparando tanto uma família como a outra, principalmente em relação patrimonial e previdenciária, não excluindo nenhum dos companheiros do direito único integrante que contempla as duas famílias, podendo ser mais de um, entretanto, habitualmente, é apenas um.

Não há o que se falar em simultaneidade quando, uma das partes possui união legal, entretanto já houve separação de corpos, esta família deixou de ser matrimonial, para configurar outra espécie, entretanto, jamais simultânea.

O ministro Dias Toffoli em seu voto em caso de grande repercussão, após longo debate em um dos casos referentes a uma das muitas famílias simultâneas já existentes, propôs a seguinte tese acerca do tema:

É incompatível com a Constituição Federal o reconhecimento de direitos previdenciários (pensão por morte) à pessoa que manteve, durante longo período e com aparência familiar, união com outra casada, porquanto o concubinato não se equipara, para fins de proteção estatal, às uniões afetivas resultantes do casamento e da união estável. (Min. Dias Tofolli, RE 883.168 agosto de 2021, Supremo tribunal Federal)

O entendimento acerca do tema, é simples, basta fazer uma linha de raciocínio para compreender que a partilha dos direitos com a concubina deve ser feita com a esposa de fato, uma vez que devemos aplicar o princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Família, se houve

convivência, esforço para construção de patrocínio de forma mutua, vontade de constituir família (isto é, em casos que já há prole, evidentemente a família já foi construída). Portanto é essencial que o entendimento de que a companheira no caso de acontecimentos infortuno, de morte ou qualquer fato que venha a dividir o patrimônio, assim como benefícios previdenciários, que devem ser divididos, pois houve a estruturação da família, com todos os seus princípios compondo a entidade, com exceção ao princípio da monogamia, razão esta que leva o raciocínio da boa-fé das partes.

O Superior Tribunal de Justiça respalda a tese referente a família simultânea, com um entendimento de raciocínio simplório, demonstrando que ao se tratar da relação não oficial ou seja, fora do casamento, o fato que ocorre diverso é meramente concubinato impuro. Fato que leva as teses a discorrerem sobre o reconhecimento da união estável, sendo ela invalidada a partir do momento que uma das partes já possui matrimônio ou outra união estável e que ela esteja de fato sendo vivida como entidade familiar, pois a tese despreza o fato e descaracteriza a ocorrência de união estável ou matrimônio, se a separação de fato ou de corpo já esteja sendo exercida, fazendo com que a relação que a outra parte possua seja válida.

Enfatizando ainda que a lei, juridicamente torna possível conferir ao concubinato adúltero o mesmo tratamento da união estável, ainda que a simultaneidade traga os mesmos requisitos da união ou do matrimônio, como os já sustentados anteriormente, coabitação, ostentabilidade da família, reprodução, trazendo nova prole, ainda que possuindo outra relação de matrimônio, afetividade. Entretanto, os tribunais ainda não enxergam a família simultânea como um instituto jurídico que deve possuir respaldado seus direitos e deveres, ainda que sejam cada vez mais frequentes na sociedade.

6 FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS – NEM SEMPRE É NÃO MONOGÂMICA

Famílias simultâneas é o termo utilizado pela doutrina jurídica para indicar uma situação em que uma pessoa, não necessariamente o homem, convive com outra pessoa, não necessariamente uma mulher, em dois núcleos distintos e simultâneos. (Simão, 2014). É a repetitiva história, do caminhoneiro, ou do homem que muito viaja, e possui duas entidades familiares distintos em localidades distintas.

O grande fato é que, tal constituição familiar, infelizmente, ainda é visto como promiscuidade ou infidelidade, por exemplo, porém, nem sempre essa é a realidade.

No ano de 1977, com a tardia implementação do divórcio no Brasil posto que na França, por exemplo, o divórcio já aparecido no Código Napoleônico em 1804 e em Portugal em 1910 através da Emenda Constitucional nº 9, e em seguida, a promulgação da Constituição Federal de 1988, modificaram por completo a ultrapassada e tradicional concepção de família. Diante disso, a partir da Carta Constitucional vigente, que permitiu uma nova interpretação sobre as constituições familiares e seus núcleos, surgiu uma forte tese apontando novas entidades familiares e demonstrando suas fragilidades diante da desídia do

Estado em permitirem que passem por situações no qual, não podem ser tuteladas de forma eficaz, e acabam por terem seus direitos lesados.

Dentro desse enquadramento, o matrimônio, com todos seus atos solenes e pragmatismo, vem perdendo o seu protagonismo, dando espaço a uma cultura diferente e hábitos novos, entretanto, não há o que se falar em relação a proteção jurídica acerca do matrimônio, ou ainda da sucessão de bens quando ele se finda. Contudo, as famílias simultâneas dentre muitas outras que preenchem os requisitos necessários para a formação familiar, como afetividade, ostentabilidade, estabilidade, e permanecem a deriva de um respaldo jurídico.

À vista disso, é nítida que toda a tese se sustenta em torno de uma problemática que busca evidenciar e investigar dos efeitos que deveriam versar sobre as entidades familiares mais especificamente e principalmente as simultâneas, tendo em vista que é uma situação habitual, ainda que seja de forma oficiosa.

A constituição federal, apesar de tutelar as famílias e possuir um rol exemplificativo, dando amplitude aos conceitos, ela trata as uniões como situações fáticas que envolvem o direito obrigacional, mas que não traz o melhor interesse social, isto é, não atende as reais situações cotidianas, dando uma margem a marginalização deste tipo de entidade, que já é assolada pelo preconceito por estarem fora do padrão estimado socialmente.

O que realmente importa nesse momento destacar é a boa-fé destas uniões, para que assim, possa ser distinguido; concubinato ou não monogamia.

O princípio da não monogamia, trata-se da boa-fé de todos os envolvidos, sendo eles conscientes e coniventes com a situação, do contrário, o conceito passa a ser assimétrico e não usual, e sim desmoralizador.

Essa perspectiva lança luz sobre uma forma de poligamia que muitas vezes passa despercebida: a poligamia assimétrica. Nesse contexto, o adultério não é apenas uma violação do compromisso conjugal, mas também uma manifestação de desigualdade e injustiça dentro da relação. Enquanto um dos cônjuges desfruta da liberdade de se relacionar com outras pessoas, o outro permanece preso ao contrato monogâmico, muitas vezes sem conhecimento ou consentimento da situação. Isso cria um desequilíbrio de poder e uma ruptura na confiança fundamental para a saúde e estabilidade do relacionamento, levantando questões profundas sobre ética, respeito mútuo e a verdadeira natureza do compromisso matrimonial. (Vianna; Semírramis, 2019)

O termo concubinato é constantemente utilizado de forma a preceituar as relações que são mantidas de forma paralela ao matrimônio, entretanto o concubinato puro já possui um status diferente, agora sendo compreendido como união estável. O concubinato impuro, ainda permanece sem um respaldo eficaz a seu respeito.

Deixar o reconhecimento das famílias simultâneas à mercê do tempo, é negar que a própria Constituição traz um princípio de pluralidade, e colocar o princípio da monogamia acima dos demais, não possui critério, uma vez que os princípios são de igual valor, não possuindo hierarquia sobre eles.

A perspectiva aqui tratada é da normatização e necessidade das relações que permanecem sem segurança jurídica e seguem desmoralizadas, principalmente como é o caso do Concubinato impuro, e também onde alguma das partes não está ciente da insegurança jurídica que a permeia.

O modelo de adultério, ainda que subestimado, desempenhou um papel significativo ao longo da história, deixando um legado intrincado de complexidades e injustiças nas relações familiares. Frequentemente, isso resultava na existência de duas famílias distintas - uma oficialmente reconhecida pela sociedade e outra mantida às sombras. Enquanto os filhos da primeira família eram considerados "legítimos", aqueles da segunda eram rotulados como "ilegítimos".

A invisibilidade e marginalização da família paralela acarretavam uma série de desvantagens substanciais para seus membros, incluindo reprovação social e exclusão da mulher e dos filhos da sociedade local. Essa realidade não só refletia desigualdades de gênero profundamente enraizadas, mas também evidenciava falhas nos sistemas legais e sociais em garantir igualdade de tratamento e proteção para todas as formas de família. A visibilidade e o reconhecimento dessas realidades históricas são cruciais para fomentar uma reflexão crítica sobre as estruturas sociais e para trabalhar em direção a uma sociedade mais justa e inclusiva para todos os seus membros (Vianna; Semírramis, 2019).

Em busca do conservadorismo os tribunais brasileiros não possuem amplo clamor pelo assunto, em tese, negando a existência dessas famílias e desvalorizando e preterindo uma das partes que historicamente sempre é lesada.

O STJ, Superior Tribunal de Justiça, possui alguns julgados, no qual vem se posicionando de forma contrária as uniões paralelas:

Direito Civil. Família. Recurso Especial. Ação de reconhecimento de união estável. casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido.

A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro (a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do direito de família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino, não há, portanto, como ser conferido "status" de união estável à relação concubinária concomitante a casamento válido. (Recurso Especial Provido STJ - Resp 931.155\RS Min. Nancy Andrighi).

Ao dispor sobre a união estável a própria lei, diz claramente sobre o dever de respeito e lealdade que deve ser instituído entre os cônjuges. O desprezo de boa parte da Jurisprudência e da doutrina às entidades paralelas, bem como a completa omissão dos

legisladores quanto a essa contemporânea e real forma de constituição familiar, viola a dignidade das pessoas que as compõem, desvalorizando individualidades e prestigiando os “tradicionais vínculos já existentes” em detrimento dos membros das famílias constituídas e que guardam entre si um elo eterno, o amor.

7 ENTRELACE DE VÍNCULOS: DESAFIOS DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Consoante com o já demonstrado, no decorrer da história o contexto fático das famílias simultâneas é de preconceito, estigma social, não reconhecimento legal e a difícil adaptação no contexto familiar.

Muitas dessas situações embora não afastem em tese a convivência, afastam o ato público, ou seja, mesmo se tornando muito comum, essas famílias ainda vivem de forma velada, e muitas vezes o meio familiar só vem a saber da situação de simultaneidade após a morte de um dos integrantes dessa família, sendo geralmente um homem que transita entre um lar e outro, como fora citado no caso do viajante que possui famílias em diferentes localidades.

7.1 ESTIGMA E PRECONCEITO

As famílias paralelas, simultâneas, se arrastam desmoralizadas e marginalizadas, atualmente, pouco menos do que nos últimos cem anos, mas ainda sofrem repressão da sociedade.

Primeiro os olhares generalistas dos moralistas julgam sem entender de fato que espécie de família é esta, que inclusive sofrem com as discriminações de indivíduos do seu próprio seio familiar

A adaptação dos filhos às famílias simultâneas é um aspecto delicado a ser considerado. As crianças, muitas vezes, encontram-se em meio a uma dinâmica complexa de relacionamentos, o que pode gerar desafios emocionais e psicológicos significativos. A aceitação por parte da sociedade e dos familiares desempenha um papel crucial no apoio ao bem-estar e à coesão desses arranjos familiares não convencionais, já que o amparo jurídico, principalmente patrimonial e previdenciário, muitas vezes não socorrem a estas famílias

Todavia, a entidade familiar brasileira, se esconde dentro do conservadorismo e do prisma da fidelidade para assim defender a monogamia, tese que não se sustenta, dado a quantidade de mães solas que possuem um genitor em conjunto.

Fechar os olhos para a realidade é permitir que as famílias continuem à deriva de seus direitos e também privar os indivíduos de suas escolhas e responsabilidades individuais, doutrinadores conceituados entenderam pela necessidade de regulamentação dessas famílias:

“Negar a existência de famílias paralelas –quer um casamento e uma união estável, que duas ou mais uniões estáveis –é simplesmente não

ver a realidade. Com isso a justiça acaba cometendo enormes injustiças. Mas não é esse sentido que vem se inclinando a doutrina e decidindo a jurisprudência. Ao contrário do que dizem muitos – e do que tenta dizer a lei (CC 1.727) –, o concubinato adúlterino importa, sim, para o direito. Verificadas duas comunidades familiares que tenham entre si um membro em comum, é preciso operar a apreensão jurídica dessas duas realidades. São relações que repercutem no mundo jurídico, pois os companheiros convivem, muitas vezes tem filhos, e há construção patrimonial em comum. Não ver essa relação, não lhe outorgar qualquer efeito, atenta contra a dignidade dos partícipes e filhos porventura existentes” (Dias, 2005, p.51).

Outro ponto de destaque da necessidade da regulamentação se dá quando as famílias não possuem consciências de uma sobre a outra; A dificuldade financeira da primeira em detrimento da segunda é uma questão significativa para a aceitação, em vida ou em morte do provedor central, o qual acaba por diluir os recursos disponíveis, criando desafios em todas as áreas mencionadas; patrimonial, psicológica, social e moral.

7.2 DEVERES DOS INDIVÍDUOS DENTRO DA ENTIDADE FAMILIAR SIMULTÂNEA

Dentro da unidade familiar simultânea, onde existe o vínculo conjugal e afetivo existem deveres que assim como nas famílias monogâmicas devem ser respeitados e protegidos, tais como, o dever de alimentar eventuais cônjuges e a impenhorabilidade de bens de família.

Iniciando a análise do encargo alimentar, é pertinente ressaltar que, como é do conhecimento geral, nos dias atuais, a obrigação de prover alimentos entre ex-cônjuges ou ex-companheiros pode ser presumida, todavia, devendo respeitar o binômio necessidade e possibilidade. Considerando a situação paradigmática em que a obrigação de prover alimentos pode perdurar indefinidamente mesmo após a dissolução da união estável ou do matrimônio, sendo aquela em que se constata uma genuína dependência econômica de um ou nesse caso, mais de um cônjuge/companheiro em relação ao outro, sem uma possibilidade materialmente viável de que o alimentado possa sustentar-se autonomamente (Pianovski, 2006).

Não é diferente no sentido dos bens de família, vez que em tese, e a grosso modo, o bem de família é aquele onde a entidade familiar reside e que não pode ser penhorado. A doutrina define como: instituto jurídico que reserva imóvel, urbano ou rural, de moradia da família ou entidade familiar, retirando-o do comércio e consequentemente resguardando-o de execuções futuras. Nesse contexto, o bem de família deverá ser resguardado igualmente e na mesma proporção, isto é, no caso de duas famílias em residências distintas, ambos devem ser tidos como bens de família.

Nesse sentido, o cônjuge que escolhe viver de forma simultânea deverá compreender que as implicações devem ser as mesmas das famílias “comuns” não devendo optar por uma legal e manter a outra sem qualquer proteção legal.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade experimentada pela sociedade brasileira frequentemente confronta o ordenamento jurídico em várias esferas. As famílias paralelas ou simultâneas, são resultado de vontades muitas vezes ocultas e condenadas, porém, existem há longo tempo na sociedade, às vezes com a anuência e convivência do primeiro parceiro conjugal, culminando muitas vezes na formação de apenas um núcleo familiar, embora com múltiplos vínculos conjugais, outras vezes sem anuência, formando mais de um núcleo familiar.

Essa forma de organização familiar ainda carece de compreensão, educação social abrangente e regulamentar, mas de modo algum se assemelha ou se opõe às condutas específicas da "família tradicional brasileira". Ao contrário, é apenas mais uma das diversas manifestações de amor que todos nós temos o direito constitucionalmente garantido de escolher. Nesse cenário de incertezas, dogmas e doutrinas, avançar em direção ao "novo" e revelar que o que sempre existiu, não é uma tarefa fácil, e é exatamente através de iniciativas que surgem como grandes revoluções.

Por outro lado, embora a crise da monogamia como princípio do direito das famílias seja mais evidente, é igualmente inegável que o sistema monogâmico ainda é objeto de defesas apaixonadas no contexto jurídico nacional, especialmente quando se consideram as recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, que repetidamente o destaca como um dos obstáculos ao reconhecimento das uniões simultâneas.

A falta de normas que regulamentam especificamente o paralelismo familiar e seus específicos conduz a uma variedade de consequências surpreendentes que se refletem, em primeiro lugar, no contexto do direito das famílias e se estendem até mesmo a outros ramos do direito civil como o direito sucessório, alimentar, previdenciário e penal. Agindo assim, o legislador está violando a dignidade das pessoas que compõem essas famílias, desvalorizando suas individualidades e reforçando apenas os vínculos tradicionais já existentes, principalmente ligados a heteronormatividade da família monogâmica.

Tendo em vista a complexidade que essa temática abrange, devido à falta de uma regulamentação própria e a dificuldade do legislador em incluir em todas as searas essas mudanças entendidas como "radicais", elas permanecem deterioradas pelo preconceito e a margem da legislação.

O que se tem, contudo, é que os deveres de lealdade e respeito em nada se vinculam ao entendimento de que a família de fato requer essencialmente unicidade de vínculo, devendo ser rejeitadas as tentativas de se perverter a escolha das novas famílias brasileiras em todas as suas individualidades e essências. A exclusão das famílias simultâneas dá margem a ausência de tutela jurídica das pessoas que vivem nessa situação.

REFERÊNCIAS

- BARASH, Jud; LIPTON, David. **O mito da monogamia**. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- BÍBLIA SAGRADA. A.T, **Gêneses**, capítulo 4, versículo 19.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lebooks, 2019.
- FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FISHER, Helen; LERRER, Débora. **Por que somos monogâmicos?** Superinteressante, São Paulo, dez. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/historia/casamento-tudopelos-filhos/>. Acesso em: 05 mar. 2024.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. In: IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/130/Princ%C3%ADpio+jur%C3%ADdico+da+afetividade+na+fili%C3%A7%C3%A3o#:~:text=A%20restaura%C3%A7%C3%A3o%20da%20primazia%20da,afetivos%2C%20em%20comun%C3%A3o%20de%20vida>. Acesso em: 04 abr. 2024.
- PIANOVSKI, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: **Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Ibdfam, [s.d.]. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf. Acesso em: 10 abr. 2024.
- SIMÃO, José Fernando. **Revista Brasileira de Direito Civil**, volume 02, dezembro de 2014.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial**. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Resp 931.155\RS. Brasília, DF, 07 ago. 2007.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário**. Tema 526. Relator: Min. Dias Tofolli. RE Nº 883.168. Brasília, DF, 03 ago. 2021, Tribunal Pleno.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário**. Tema 529. Relator: Min. Alexandre De Moraes. Re Nº 1.045.273. Brasília, DF, 21 dez. 2020, Plenário do Supremo Tribunal Federal.
- TAVARES, P. M; SOUZA, R. C. da. Poliamor: **o perfil dos praticantes e os desafios enfrentados**. Lins – SP: Centro Universitário Católico Salesiano Auxilium – UNISALESIANO, 2017. 178 f. Trabalho de conclusão de curso de psicologia.

VIANNA, Tulio. Quebrando as algemas: pelo reconhecimento jurídico dos relacionamentos não monogâmicos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, v. 6, p. 2041-2068, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_2041_2068.pdf. Acesso em: 03 abr. 2024.

5

DOI: 10.5281/zenodo.13172058

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

SOUZA, Richelle Santos. Direito dos refugiados e a digitalização dos países: uma análise em torno das lacunas jurídicas frente à falta de reconhecimento do instituto do refúgio ambiental e as implicações tecnológicas. *Revista Insigne de Humanidades*, Natal, v. 1, n. 2, p. 83-95, maio/ago. 2024.

Recebido em: 16/06/2024

Aprovado em: 26/06/2024

Direito dos refugiados e a digitalização dos países: uma análise em torno das lacunas jurídicas frente à falta de reconhecimento do instituto do refúgio ambiental e as implicações tecnológicas

Refugee Rights and Country Digitalization: An Analysis of Legal Gaps Concerning the Lack of Recognition of Environmental Refugees and Technological Implications

Richelle Santos Souza¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0533546987817451>.

 E-mail: richellesantossouza@gmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 INSTITUTO DO REFÚGIO AMBIENTAL: NOMENCLATURA E RECONHECIMENTO. 3 O PRIMEIRO REFUGIADO AMBIENTAL RECONHECIDO PELA ONU E AS CONSEQUÊNCIAS DA LACUNA JURÍDICA. 4 A DIGITALIZAÇÃO DOS PAÍSES, REGULAMENTAÇÃO DO METAVERSO E OS IMPACTOS NO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduada de Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante do Observatório de Direito Internacional do Rio Grande do Norte (OBDI). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0533546987817451>. E-mail: richellesantossouza@gmail.com

RESUMO:

A problemática dos refugiados ambientais, aqueles que migram devido a desastres ambientais como deslizamentos de terra e aumento do nível do mar, ainda carece de reconhecimento legal no cenário internacional. Este estudo aborda as lacunas jurídicas e a falta de nomenclatura oficial para esses indivíduos, destacando a necessidade de uma atualização na Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados para incluir as situações de refúgio ambiental. A pesquisa também explora o impacto do metaverso como uma solução emergente para preservar a cultura e a identidade dos povos afetados pelas mudanças climáticas. Utilizando uma abordagem exploratória e análise de casos, como o de Ioane Teitiota, o primeiro refugiado climático reconhecido pela ONU, o estudo propõe a necessidade de uma regulamentação mais robusta para proteger os direitos dessas populações. Conclui-se que o reconhecimento formal e a regulamentação do refúgio ambiental são essenciais para assegurar os direitos humanos e o desenvolvimento social sustentável das comunidades impactadas.

Palavras-chave:

Refugiados ambientais. Refúgio ambiental. Lacunas jurídicas. Metaverso. Direitos humanos.

ABSTRACT:

The issue of environmental refugees, those who migrate due to environmental disasters such as landslides and rising sea levels, still lacks legal recognition in the international arena. This study addresses the legal gaps and the lack of official nomenclature for these individuals, highlighting the need for an update to the 1951 UN Refugee Convention to include environmental refugee situations. The research also explores the impact of the metaverse as an emerging solution to preserve the culture and identity of people affected by climate change. Using an exploratory approach and case analysis, such as the case of Ioane Teitiota, the first climate refugee recognized by the UN, the study proposes the need for more robust regulation to protect the rights of these populations. It concludes that formal recognition and regulation of environmental refuge are essential to ensure human rights and sustainable social development of the impacted communities.

Keywords:

Environmental refugees. Environmental refuge. Legal gaps. Metaverse. Human rights.

1 INTRODUÇÃO

O ACNUR -Agência da ONU para Refugiados- é uma organização muito importante para assegurar proteção legal a todas as pessoas que se encontram em situação de refúgio. Inicialmente, foi criada em 1950 com um mandato de três anos para realocar refugiados europeus que ficaram sem lar após os horrores da Segunda Guerra Mundial. Contudo, mais de 60 anos depois, o ACNUR ainda trabalha para garantir e proteger os direitos dos refugiados em todo o mundo, já que, ao longo dos anos, percebeu-se que esta problemática social, política e jurídica se manifestava para além das fronteiras da Europa.

O documento responsável pela formação do ACNUR é a Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados, a qual tornou-se extremamente importante por ter estabelecido o significado do termo “refugiado” com o objetivo de tornar claro para quais indivíduos se estenderia a proteção ofertada pelo órgão. Formalmente a atuação da agência só foi ampliada através da adoção do Protocolo de 1967 por extinguir as limitações geográficas do ACNUR e ter ampliado as possibilidades de atuação da agência.

Porém o conceito de refugiado expresso no artigo 1º da Convenção de 1951, já é visto por muitos especialistas como limitante e excludente, haja vista que abrange somente aquelas pessoas que estão sendo forçados a fugir da guerra ou de situações a ela relacionada, como perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou outras situações de conflito (Acnur, 2023). Não tutelando, dessa forma, as situações de indivíduos que migram em decorrência de questões ambientais, por exemplo, desabamentos de terras, desertificação, contaminação de leitos de rios, erupções vulcânicas ou outras graves situações de territórios que estão sendo engolidos pelo aumento do nível do mar em decorrência das mudanças climáticas.

Esse cenário desafiador demanda o seguinte questionamento, que norteará o presente trabalho: quais são os motivos em torno do limbo jurídico referente à nomenclatura e proteção dessas pessoas que migram em decorrência de desastres ambientais?

Para responder tal pergunta, o trabalho foi desenvolvido com o objetivo central de entender as problemáticas em torno do reconhecimento do instituto do refúgio ambiental e a consequente digitalização de alguns dos territórios afetados.

Este propósito desdobra-se em objetivos específicos, que envolvem, primeiramente, entender o significado desta nomenclatura adotada por alguns especialistas, além de avaliar os possíveis impactos na vida e cotidiano desses indivíduos através do caso Ioane Teitiota - Primitivo Refugiado Climático reconhecido pela ONU. E em segundo momento, analisar como o Metaverso está sendo utilizado para amenizar os graves efeitos desta problemática e quais os impactos no desenvolvimento social dos indivíduos afetados, além de analisar a necessidade de uma regulamentação em torno dessa tecnologia.

A relevância do presente estudo encontra-se, em perspectiva jurídica, na escassez de pesquisas em torno do assunto, visto que doutrina pouco tem debatido sobre a

problemática abraçada por esta pesquisa. O estudo levado a cabo neste artigo poderá contribuir para construir uma reflexão em torno do instituto do refúgio ambiental e as consequências das mudanças climáticas na vida e cotidiano de muitas famílias.

A hipótese testada é a de que, se a comunidade internacional aceitar uma expansão ou reformulação das definições convencionadas, mais pessoas poderão ter os direitos de refúgio assegurados, o que consequentemente auxiliará a proteger a dignidade humana e o desenvolvimento social de milhares de indivíduos que se encontram neste limbo jurídico.

A metodologia de pesquisa aplicada neste trabalho ampara-se em pesquisa exploratória utilizando-se de levantamento bibliográfico, bem como artigos científicos, doutrinas e disposições normativas.

O presente estudo, estruturalmente, conta com esta introdução (tópico 1), além de três outros tópicos correspondentes aos dois objetivos específicos traçados. Assim, respectivamente referentes às problemáticas em torno do reconhecimento do instituto do refúgio ambiental e sua nomenclatura (tópico 2), seguida por uma análise dos possíveis impactos na vida e cotidiano desses indivíduos através do caso Ioane Teitiota - Primento Refugiado climáticos reconhecido pela ONU (tópico 3). E num terceiro momento, um estudo referente à regulamentação e utilização de realidades virtuais, com a finalidade de tornar digital os países que estão tendo os territórios diretamente impactados pelas mudanças climáticas e qual o impacto no desenvolvimento social dos refugiados climáticos (tópico 4).

2 INSTITUTO DO REFÚGIO AMBIENTAL, NOMENCLATURA E RECONHECIMENTO

O debate internacional em torno das questões ambientais está cada vez mais presente, o que se exemplifica com a crescente quantidade de documentos que foram produzidos ao longo das últimas décadas através de algumas conferências, como a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), ou seja, a Rio-92, como popularmente ficou conhecida, o qual conseguiu reunir uma grande quantidade de países que em conjunto debateram e cooperaram para o desenvolvimento de possíveis soluções em torno de um desenvolvimento sustentável e que, dentre outras coisas, teve como resultado, como aduz Sandra Oliveira (2023):

A participação de representantes de 176 países, 1.400 Organizações Não Governamentais (ONG), totalizando mais de 30 mil participantes. As organizações não governamentais também participaram de forma ativa do encontro e realizaram, de forma paralela, o Fórum Global, que aprovou a Carta da Terra.

Contudo, esses debates não foram suficientes para amenizar os graves desastres ambientais que, na atualidade, trazem uma série de consequências negativas a vida de muitas famílias ao redor do mundo, haja vista que sofrem, muitas vezes, com desabamentos de terras,

desertificação, contaminação de leitos de rios, erupções vulcânicas, tempestades, terremotos, furacões, além do aumento do nível do mar.

Situações como essas se tornaram tão recorrentes ao ponto de alguns especialistas convencionarem chamar esses indivíduos de “ecorrefugiados”, “migrantes climáticos”, “refugiados climáticos” ou como “deslocados ambientais”.

Sob essa óptica, vale destacar que ainda não existe uma nomenclatura oficial para se referir a esses indivíduos que se deslocam em consequência desses desastres ambientais. Porém, em 1985, o professor e pesquisador do Programa da ONU para o Meio Ambiente Essam El-Hinnawi desenvolveu e popularizou a nomenclatura “refugiado ambiental”, o que faz dessa nomenclatura a mais aceita e utilizada atualmente.

Nessa toada, merece registro das palavras de Hinnawi (1985, p. 1), destacando melhor o significado dessa expressão:

Pessoas que foram forçadas a abandonar o seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, porque de uma perturbação ambiental acentuada (natural e/ou desencadeada pelas pessoas) que pôs em risco a sua existência e/ou afetou gravemente a sua qualidade de vida.

Ademais, é válido apontar que outros autores, como o professor egípcio Jodi L. Jacobson, também se debruçaram sobre o estudo do tema. Assim, para Jacobson (1988) os refugiados ambientais devem ser distinguidos em três diferentes tipos, haja vista que existem aqueles que se deslocam devido um desastre natural; outros que se deslocam em razão de uma destruição ambiental ter assolado seus meios de vida e colocado em risco sua saúde. Já o terceiro tipo de refugiado ambiental está relacionado àqueles que foram obrigados a se mudarem permanentemente devido a mudanças climáticas e ambientais insustentáveis em seu local de moradia.

Posto isso, cumpre salientar que Jacobson (1988) delimita outro conceito para os refugiados climáticos, como sendo:

pessoas temporariamente deslocadas devido a perturbações ambientais locais, como avalanches ou terremotos; aqueles que migram por causa da degradação ambiental que tem prejudicado a sua subsistência ou apresenta riscos inaceitáveis para a saúde; e aqueles reassentados porque a degradação da terra resultou em desertificação ou por causa de outras mudanças permanentes no habitat.

Nesse sentido, faz-se imprescindível notar que, além da necessidade de se definir uma nomenclatura oficial, o reconhecimento internacional a partir de tratados multilaterais é essencial para garantir a proteção dessas pessoas, haja vista que existe atualmente um limbo jurídico devido à falta de legislação internacional referente às dezenas de homens, mulheres e crianças que se deslocam todos os anos por razões de desastres ambientais.

Com efeito, mesmo que exista a Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados, os indivíduos que se encontram em situação de refúgio ambiental não conseguem suporte através desta convenção por não estarem abrangidos pelo artigo 1º, o qual conceitua o termo. Segundo Diane Quintas, vice-presidente da Abemmi (Associação Brasileira de Especialistas em Migração e Mobilidade Internacional), é necessário atualizar o Estatuto do Refugiado, de modo a incluir pessoas afetadas pelas alterações do clima nas políticas migratórias (Quintas, 2023). Torna-se claro, dessa forma, que os refugiados ambientais não têm, ainda, seu direito à migração e refúgio legitimados oficialmente.

Adiciona-se a isso o fato de que esses empecilhos trazem à tona a necessidade de uma possível renegociação e ampliação da Convenção de 1951 para proteger também casos que se relacionam com os desastres ambientais, já que os desastres e as mudanças climáticas são preocupações crescentes. Desde 2009, estima-se que a cada segundo uma pessoa é deslocada em razão de um desastre ambiental, com uma média de 22,5 milhões de pessoas deslocadas por eventos climáticos ou relacionados ao clima desde 2008 (IDMC, 2015). Tal desdobramento será melhor aprofundado no tópico seguinte, começando com uma análise do caso Ioane Teitiota e os impactos desse vazio legislativo na vida e cotidiano desses indivíduos.

3 O PRIMEIRO REFUGIADO AMBIENTAL RECONHECIDO PELA ONU E AS CONSEQUÊNCIAS DA LACUNA JURÍDICA

Conforme o relatório “Groundswell Part 2” do Banco Mundial, sem uma ação climática e de desenvolvimento precoce e concertada, até 2050, 216 milhões de pessoas poderão deslocar-se dentro dos seus próprios países devido aos impactos lentos das alterações climáticas e produtividade das colheitas e de áreas afetadas pela subida do nível do mar e tempestades. Os focos de migração climática interna poderão surgir já em 2030 e continuar a espalhar-se e a intensificar-se até 2050 (Banco Mundial, 2021).

Sob essa ótica, um caso que melhor exemplifica as graves consequências desses desastres ambientais na vida de inúmeros indivíduos que, muitas vezes, precisam deixar seus países de origem, por causa de uma marcante perturbação natural intensificada pela ação humana, é o caso “Teitiota v Nova Zelândia”, uma vez que, neste caso histórico, o Comitê dos Direitos Humanos da ONU (CDH) decidiu, pela primeira vez, que expulsar um indivíduo para um local onde possa estar exposto a riscos de vida devido aos efeitos adversos das alterações climáticas poderia violar o direito à vida.

Ioane Teitiota e a sua esposa deixaram, em 2013, a sua casa no atol de Tarawa, parte da nação do Pacífico de Kiribati, para a Nova Zelândia, onde solicitaram o estatuto de refugiado com base no facto de as alterações climáticas terem devastado tanto o Kiribati que permanecer ali representava um risco para suas vidas (Air quality News, 2020).

Contudo, o requerente teve o pedido de asilo negado pelo Tribunal de Imigração e Proteção da Nova Zelândia, em primeira instância, pois o tribunal entendeu que Teitiota não

enfrentava um risco que se relacionava com razões de raça, religião, nacionalidade, pertença a um determinado grupo social ou opinião política, assim como determina a Convenção dos Refugiados.

Faz-se imprescindível mencionar, outrossim, que Teitiota e toda a sua família foram deportados para o Kiribati, uma vez que a decisão foi mantida pelo Tribunal Superior, Tribunal de Recurso e Supremo Tribunal. Mas Teitiota, utilizando como base jurídica o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, levou o caso ao CDH -Comitê de Direitos Humanos da ONU- alegando que a Nova Zelândia violou o seu direito à vida nos termos do artigo 6º deste Pacto, após devolvê-lo ao Kiribati.

Com efeito, a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU (CDH) foi extremamente importante por ter reconhecido, pela primeira vez, a existência de refugiados climáticos. Assim, a decisão diz que se você tem uma ameaça imediata à sua vida devido à mudança climática, por emergência climática, e se você cruzar a fronteira e for para outro país, não deverá ser enviado de volta, porque estaria em risco de vida, como em uma guerra ou em uma situação de perseguição (Filippo Grandi, 2019).

Fica nítido, dessa forma, que estas graves catástrofes ambientais não têm impactado somente Ioane Teitiota e sua família, já que para os habitantes de dezenas de outras nações, esse é um medo real. Este é o caso de alguns Estados insulares, como Tuvalu e as Maldivas que observam os impactos diretos das mudanças climáticas em seus territórios, como o branqueamento dos corais, ciclones cada vez mais fortes, além da erosão de partes das ilhas devido a elevação do nível do mar.

Sob essa ótica, segundo um estudo da Environmental Justice Foundation (EJF) de 2017, as mudanças climáticas criarão a maior crise de refugiados que o mundo já viu na próxima década.

Observa-se, ademais, que outros territórios como o da Louisiana, nos Estados Unidos, já sofrem com esta mesma problemática, uma vez que muitas ilhas desapareceram devido ao brutal aumento do nível das águas. Nessa mesma perspectiva é o entendimento do diretor do Centro de Recuperação da Costa da Louisiana, Bren Haase que assim dispõe (Haase, 2023):

Nossa costa está afundando com uma erosão crônica. Estamos sofrendo os impactos de mudanças climáticas, com tempestades mais fortes e mais frequentes. Em 2021, por exemplo, o furacão Ida engoliu 274 km² da nossa costa.

Uma dessas ilhas do território da Louisiana é a Ilha de Jean Charles que, como 98% do local está debaixo d'água, teve que reassentar os moradores que antes viviam na ilha. Assim, devido este deslocamento forçado dos moradores foi desenvolvido o primeiro projeto de reassentamento para refugiados climáticos do governo dos Estados Unidos, a fim de ressaltar todas as famílias da Ilha de Jean Charles que tiveram que abandonar suas casas, história, ancestralidade e tradição.

Nota-se, desta maneira, que situações como essas obrigam muitos de seus cidadãos a migrarem em busca de refúgio ou asilo em outras nações, o que nem sempre é possível devido ao vazio jurídico que essas pessoas têm que enfrentar com a falta de reconhecimento do instituto do refúgio ambiental.

É evidente, desta forma, que esta pauta não pode continuar a ser minimizada pela comunidade internacional, haja vista que não se trata somente do desaparecimento e perda de áreas produtivas devido os desastres ambientais, mas representa também a perda da identidade de um povo, ou seja, o desaparecimento de toda uma cultura, história, religião, costumes e idioma que podem deixar de existir para as presentes e futuras gerações.

Convém destacar, por fim, que o tópico seguinte abordará a questão da utilização da realidade virtual, com a finalidade de eternizar esses países que estão sendo diretamente impactados pelas mudanças climáticas, o que contribuirá com o desenvolvimento social dos cidadãos desses territórios afetados, além de abordar a necessidade de uma efetiva regulamentação do Metaverso.

4 A DIGITALIZAÇÃO DOS PAÍSES, REGULAMENTAÇÃO DO METAVERSO E OS IMPACTADOS NO DESENVOLVIMENTO SOCIAL

No atual contexto global, torna-se claro que a revolução tecnológica é uma das responsáveis por influenciar as mudanças que ocorrem nas sociedades, através da utilização da ciência, tecnologia e inovação.

Em decorrência disso, observa-se que, nos últimos anos, o desenvolvimento e popularização do Metaverso tem se tornado cada vez mais recorrente no cotidiano das pessoas. Sob essa ótica, é importante mencionar que o Metaverso, como aduz a escritora e pesquisadora brasileira Simone Machado (2022), é como um conceito que mescla realidade aumentada e ambientes virtuais. Dessa forma, basicamente, pode ser entendido como uma vivência em um espaço virtual, porém com influências da vida real nesse universo.

Este termo foi criado em 1992 pelo escritor norte-americano Neal Stephenson, no livro “Snow Crash”, porém não se relaciona com o conceito atual, além de só ter começado a adquirir popularidade três décadas depois devido às inúmeras inovações tecnológicas que são impulsionadas e desenvolvidas por empresas, como a Meta -conglomerado estadunidense de tecnologia e mídia social- uma das responsáveis pela popularização desta realidade virtual.

Assim, nota-se que esta tecnologia está começando a ser utilizada por países que estão sendo afetados diretamente pelas mudanças climáticas e que correm o risco do território desaparecer nos próximos anos devido à grave elevação do nível dos oceanos. Um exemplo prático desse efeito é o caso de Tuvalu, haja vista que, esse conjunto de ilhas no Oceano Pacífico, está prestes a se tornar a primeira nação digital do mundo.

Diante disso, torna-se necessário destacar que o ministro de Tuvalu alertou a comunidade internacional, durante a COP 26, a respeito da brutal ameaça do aumento do

nível dos oceanos no país, já que a nação está apenas cinco metros do nível do mar e corre o risco de ver o território desaparecer.

Nesse ínterim, Simon Kofe (2021) preleciona brilhantemente a respeito dos negativos impactos do aumento do nível do mar em Tuvalu afirmando que:

Mudanças climáticas e o aumento do nível do mar são ameaças mortais e existenciais para Tuvalu e os países abaixo da OTAN, estamos afundando, mas todos os outros também estão e não importa se sentimos os impactos hoje, com em Tuvalu, ou em cem anos, todos nós ainda sentiremos os efeitos diante desta crise global um dia.

Adiciona-se a isso o fato de que, mesmo que a Austrália tenha estabelecido um acordo com Tuvalu para receber os inúmeros refugiados climáticos desse país que terão que se evadir de seus lares em decorrência da elevação do nível dos oceanos que causa negativos impactos na subsistência dos moradores, esta nação já pensa em possíveis soluções para amenizar essas graves consequências culturais, históricas e sociais, por meio da digitalização do país no metaverso.

Ressalta-se, pois, as palavras do ministro da justiça, comunicação e relações exteriores, Simin Kofe (2023) em outro pronunciamento, a respeito do desenvolvimento e construção do país em uma realidade virtual, este afirma que: “O som da linguagem dos nossos filhos, a sabedoria das histórias dos nossos avós ou as danças vibrantes dos nossos festivais serão todas digitalizadas e se tornarão parte da nossa arca digital”.

O governo, desta maneira, pretende recriar o território no Metaverso, onde os habitantes do plano físico poderiam continuar se encontrando, só que no mundo digital, através do mapeamento de todas as características físicas e culturais do povo (Bob Furuya, 2024).

Contudo, faz-se imprescindível destacar que já existem debates em torno da necessidade de se regulamentar a utilização desta tecnologia. Logo, atualmente, poucas são as leis aplicadas ao contexto das realidades virtuais, por exemplo, a Lei dos Direitos Autorais que, resumidamente, dá ao detentor o direito exclusivo de fazer uso da obra, com algumas exceções; e a Lei de Propriedade Intelectual que regula os direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual, como invenções, marcas, criações artísticas e patente.

Diante da problemática em torno da regulamentação do Metaverso, ademais, é importante destacar que muitos são os estudiosos que defendem a necessidade de uma melhor regulamentação dessa tecnologia. Assim, Conforme a advogada brasileira Andressa Barros (2024):

O metaverso ainda é grande novidade para todos e para o mundo jurídico mais ainda. Quando as relações humanas se deslocarem para o ambiente do metaverso, novas relações jurídicas serão estabelecidas e será necessário criar regulamentações específicas para as novas interações dentro deste universo digital.

No contexto brasileiro, já existe o Projeto de Lei nº 2.175/2023 que dispõe sobre o marco regulatório do metaverso e estabelece princípios, diretrizes e normas para o uso e a realização de negócios jurídicos nesse ambiente virtual.

Assim, resta demonstrado que muitas são as implicações jurídicas em torno desta tecnologia, além de ser extremamente importante o desenvolvimento de uma robusta regulamentação, a fim de proteger todos os usuários e, em especial, os cidadãos de países insulares, como Tuvalu, Maldivas e Kiribati que podem ficar inabitáveis em razão das brutais mudanças climáticas, e que observam no Metaverso uma oportunidade de protegerem sua cultura, história e costumes.

Nesse sentido, é válido recordar que o cotidiano das pessoas que se tornam refugiadas climáticas não é nada fácil, visto que, além de não terem os direitos à migração e ao refúgio legitimados oficialmente, estes indivíduos ainda correm o risco de observar sua cultura e história serem apagadas por esses desastres climáticos e ambientais, o que pode causar graves consequências ao desenvolvimento social das presentes e futuras gerações.

O desenvolvimento social desses refugiados climáticos pode ser afetado, haja vista que é um conceito que engloba diversas áreas e aspectos da sociedade e vida desses indivíduos, além de se tratar de um processo contínuo e complexo, que envolve ações e políticas públicas voltadas para a redução das desigualdades sociais, o fortalecimento das relações comunitárias e a garantia dos direitos humanos (Só Escola, 2023).

Em suma, é necessário destacar que, mesmo que os territórios que estão sofrendo com os impactos das mudanças climáticas adotem medidas para amenizar consequências, como os desabamentos de terras, desertificação, contaminação de leitos de rios, erupções vulcânicas ou aumento do nível do mar, muitas pessoas ainda irão continuar a ter que abandonar suas casas, história, cultura e toda uma vida construída nesses países, além de terem que enfrentar as lacunas jurídicas frente a falta de reconhecimento em torno do instituto do refúgio ambiental se não houver uma renegociação ou ampliação da Convenção de 1951.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da falta de reconhecimento do refúgio ambiental, procedeu-se ao estudo às problemáticas em torno do reconhecimento do instituto do refúgio ambiental e sua nomenclatura, além de uma análise dos possíveis impactos na vida e cotidiano desses indivíduos através do caso Ioane Teitiota - Primento Refugiado climáticos reconhecido pela ONU.

Constatou-se que a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) é muito importante para assegurar proteção legal a todas as pessoas que se encontram em situação de refúgio. Contudo, o principal documento responsável pela formação do ACNUR, ou seja, a Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados, traz um conceito de refugiado, no artigo 1º, que é visto

como limitante e excludente por muitos especialistas, pois abrange somente aquelas pessoas que estão sendo forçados a fugir da guerra ou de situações a ela relacionada, como perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou outras situações de conflito.

Essa Convenção não abarca os casos de indivíduos que são obrigados a se deslocarem devido desastres ambientais, por exemplo, desabamentos de terras, desertificação, contaminação de leitos de rios, erupções vulcânicas ou aumento do nível do mar.

A relação intrínseca entre as lacunas jurídicas e a falta de reconhecimento em torno do instituto do refúgio ambiental foi dissecada. Os indivíduos que se encontram em situação de refúgio ambiental não conseguem suporte através desta convenção por não estarem abrangidos pelo artigo 1º, além ainda não existe uma nomenclatura oficial para se referir a esses indivíduos que se deslocam em consequência desses desastres ambientais.

Observou-se, ademais, que, nos últimos anos, o desenvolvimento e popularização do Metaverso tem se tornado cada vez mais recorrente no cotidiano das pessoas. Assim, nota-se que esta tecnologia está começando a ser utilizada por países que estão sendo afetados diretamente pelas mudanças climáticas e que correm o risco do território desaparecer nos próximos anos devido à grave elevação do nível dos oceanos.

Outro debate trazido à tona foi a necessidade de regulamentação do Metaverso, uma vez que já existem debates em torno da necessidade de se regulamentar a utilização desta tecnologia, além de já existir, no contexto brasileiro, o Projeto de Lei nº 2.175/2023 que dispõe sobre o marco regulatório dessa realidade virtual.

Demonstrou-se, ao final, o impacto negativo no desenvolvimento social desses refugiados climáticos, já que o cotidiano das pessoas que se tornaram refugiadas do clima não é fácil, o que pode causar graves consequências ao desenvolvimento social das presentes e futuras gerações, pois afeta diretamente as políticas públicas, as relações comunitárias e a qualidade de vida dessas pessoas.

Com base no que fora apresentado no presente artigo, defende-se que, se a comunidade internacional aceitar uma expansão ou reformulação das definições convencionadas na Convenção de 1951 da ONU sobre Refugiados, muitos outros indivíduos terão os direitos de refúgio assegurados, o que sanará esse limbo jurídico e protegerá os direitos humanos dessas famílias, além de fomentar um melhor desenvolvimento tecnológico e social para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ACNUR Brasil. **Histórico**. 2023. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/historico/>. Acesso em: 20 Nov. 2023.

A urgência dos refugiados ambientais e a necessidade de adaptação. **WayCarbon**, 2019. Disponível em: <https://blog.waycarbon.com/2019/06/a-urgencia-dos-refugiados-ambientais-e-a-necessidade-de-adaptacao/#:~:text=O%20termo%20E%20%9Crefugiados%20ambientais%20%9D%20foi,sua%20exist%C3%Aancia%20e%2Fou%20afetou>. Acessado em: 30 Nov. 2023.

AIR QUALITY NEWS. **Climate Change refugees: the landmark of Teitiota v New Zealand**. Disponível em: <https://airqualitynews.com/legislation/climate-change-refugees-the-landmark-case-of-teitiota-v-new-zealand/>. Acessado em: 20 Nov. 2023.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.175/2023**, de 23 de agosto de 2023. Dispõe sobre o marco regulatório do metaverso (Regulação do Metaverso). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2286230&filena me=Avulso%20PL%202175/2023. Acessado em: 03 Mar. 2024.

Falta de sedimentos tem causado a perda do solo numa velocidade alarmante, diz diretor do Centro de Recuperação da Costa da Louisiana, nos Estados Unidos. **Fantástico**. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/12/13/falta-de-sedimentos-tem-causado-a-perda-do-solo-numa-velocidade-alarmante-diz-diretor-do-centro-de-recuperacao-da-costa-da-louisiana-nos-estados-unidos.ghtml>. Acessado em: 13 Dez. 2023.

JACOBSON, JODI (1988). **Environmental Refugees: a Yardstick of Habitability**. World Watch Paper, no. 86, Washington, DC: World Watch Institute.

Moradores de Louisiana, nos EUA, são obrigados a abandonar suas casas por causa do aquecimento global. **Fantástico**. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2023/12/10/moradores-de-louisiana-nos-eua-sao-obrigados-a-abandonar-suas-causas-por-cao-do-aquecimento-global.ghtml>. Acessado em: 10 Dez. 2023.

O que é: Desenvolvimento Social. **Só Escola**. Disponível em: <https://www.soescola.com/glossario/o-que-e-desenvolvimento-social>. Acessado em: 03 Mar. 2024.

País que pode desaparecer com mudanças climáticas vai criar cópia no metaverso. **Future of Money**, 2022. Disponível em: <https://exame.com/future-of-money/pais-que-pode-desaparecer-com-mudancas-climaticas-vai-criar-copia-no-metaverso/>. Disponível em: 02 Dez. 2023.

Portal de educação ambiental. Meio ambiente, infraestrutura e logística. **Governo do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://semil.sp.gov.br/educacaoambiental/2023/06/03-de-junho-aniversario-da-rio-92-eco-92/#:~:text=A%20confer%C3%A7%C3%A3o,aprovou%20a%20Carta%20da%20Terra>. Acessado em: 30 Nov. 2023.

6

DOI: 10.5281/zenodo.13349462

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

MIRANDA, Alexandra Cavalcante; MONTE, João Pedro Pinto do. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na união europeia e no Brasil e a cooperação jurídica internacional. *Revista Insigne de Humanidades*, Natal, v. 1, n. 2, p. 96-119, maio/ago. 2024.

Recebido em: 02/05/2024
Aprovado em: 12/05/2024

Proteção de dados pessoais como direito fundamental na união europeia e no Brasil e a cooperação jurídica internacional

Personal Data Protection as a Fundamental Right in the European Union and Brazil and International Legal Cooperation

Alexandra Cavalcante Miranda¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2945170359078147>.

 E-mail: alexandra.miranda.871@ufrn.edu.br.

João Pedro Pinto do Monte²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2114142584821001>.

 E-mail: joao.pedro.monte.072@ufrn.edu.br.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL. 3 REGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL. 4 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES POR MEIO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM CASOS DE VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS. 5 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Técnica em Administração (INTEGRAR/RS). Pesquisadora do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia, Violência, Poder e Segurança Pública (INVIPS/CNPQ). Estagiária do Ministério Público do Rio Grande do Norte (MPRN). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2945170359078147>. E-mail: alexandra.miranda.871@ufrn.edu.br.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). cursista em Técnico em Serviços Jurídicos pelo Instituto Federal do Norte de Minas Gerais (IFNMG). Técnico em Informática pelo Instituto Federal do Pará (IFPA). Estagiário do Sindicato dos Auditores Fiscais do Rio Grande do Norte (SINDIFERN). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2114142584821001>. E-mail: joao.pedro.monte.072@ufrn.edu.br

RESUMO:

A proteção de dados pessoais é reconhecida como um direito fundamental tanto na União Europeia quanto no Brasil, refletindo a importância de proteger a privacidade e os direitos individuais em um cenário globalizado. Este estudo analisa a evolução das legislações, destacando o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) na União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil. Ambos os marcos legais estabelecem princípios fundamentais para o tratamento de dados pessoais, incluindo a necessidade de consentimento informado, a transparência, e a segurança dos dados. A pesquisa aborda os desafios contemporâneos, como a violação de dados transnacionais, e a necessidade de cooperação jurídica internacional para garantir a efetiva proteção dos dados pessoais. A comparação entre GDPR e LGPD revela semelhanças e diferenças nas abordagens de proteção de dados, evidenciando a necessidade de harmonização e colaboração internacional. Conclui-se que a cooperação jurídica internacional é essencial para enfrentar os desafios transnacionais e proteger os direitos fundamentais à privacidade e à segurança dos dados pessoais em um mundo digitalmente interconectado.

Palavras-chave:

Proteção de dados pessoais. Direito fundamental. GDPR. LGPD. Cooperação jurídica internacional.

ABSTRACT:

Personal data protection is recognized as a fundamental right in both the European Union and Brazil, reflecting the importance of safeguarding privacy and individual rights in a globalized context. This study analyzes the evolution of legislation, highlighting the General Data Protection Regulation (GDPR) in the European Union and the General Data Protection Law (LGPD) in Brazil. Both legal frameworks establish fundamental principles for the processing of personal data, including the necessity of informed consent, transparency, and data security. The research addresses contemporary challenges, such as transnational data breaches, and the need for international legal cooperation to ensure effective data protection. The comparison between GDPR and LGPD reveals similarities and differences in data protection approaches, emphasizing the need for harmonization and international collaboration. It concludes that international legal cooperation is essential to tackle transnational challenges and protect fundamental rights to privacy and data security in a digitally interconnected world.

Keywords:

Personal data protection. Fundamental right. GDPR. LGPD. International legal cooperation.

1 INTRODUÇÃO

Na era da informação, os avanços tecnológicos informacionais trazem inúmeros benefícios para a sociedade em âmbito nacional e internacional. No entanto, a proteção dos direitos fundamentais encontra novos desafios inerentes ao cenário tecnológico contemporâneo, principalmente no que tange à proteção de dados pessoais, direito que foi elevado à categoria dos direitos fundamentais, primeiramente, na União Europeia e, posteriormente, no Brasil. Para isso, é primordial a regulamentação da proteção a esse direito fundamental por meio de legislações, como a Regulação Geral de Proteção de Dados (GDPR, na sigla em inglês) da União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) do Brasil, e soluções por meio da cooperação jurídica internacional.

Este estudo delimita-se à uma análise comparativa entre o GDPR da União Europeia e a LGPD brasileira, tendo em vista que ambos compartilham o enfoque no direito fundamental à proteção de dados pessoais em âmbito transnacional e nacional, respectivamente.

Assim, surge a seguinte problemática central: como promover a efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais em casos de violação de dados pessoais transnacionais na União Europeia e no Brasil, diante do cenário tecnológico globalizado contemporâneo?

Nesse sentido, este estudo se justifica em razão da importância do direito fundamental à proteção de dados pessoais na era da globalização tecnológica contemporânea, diante da transnacionalidade desses dados e das lacunas jurídicas e legislativas que dificultam a proteção a eles e facilitam a atuação de agentes que violam o referido direito fundamental na União Europeia e no Brasil, assim como em outros ordenamentos jurídicos também.

O presente estudo tem como objetivo geral mostrar os aspectos, características e principais desafios do direito fundamental à proteção de dados pessoais na União Europeia e no Brasil. Para isso, os objetivos específicos elencados visam: a) evidenciar o processo de elevação do direito à proteção de dados pessoais à categoria dos direitos fundamentais; b) discutir sobre as principais legislações regulatórias que versam sobre a proteção de dados pessoais na União Europeia e no Brasil, quais sejam: o GDPR e a LGPD, respectivamente; c) analisar a importância da cooperação jurídica internacional para a efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais; e d) apontar a necessidade de se fortalecer a proteção do referido direito fundamental e a responsabilização adequada aos agentes que violarem tal direito, ou seja, promover o enfrentamento aos desafios contemporâneos transnacionais por meio da cooperação jurídica internacional.

Metodologicamente, o presente estudo foi produzido por meio de pesquisa bibliográfica baseada em dados qualitativos e fundamentada em diversos doutrinadores que discutem o referido tema em variados livros e artigos. Assim, tendo como base a pesquisa bibliográfica, utilizou-se a pesquisa qualitativa para discutir e argumentar os resultados a partir

de percepções da realidade jurídico-social europeia e brasileira, trazendo fontes de pesquisa que refletem o referido tema a partir de uma abordagem hipotético-dedutiva.

No que concerne à estruturação, o presente estudo, em primeiro lugar, após a introdução, desenvolve-se a partir de uma digressão histórica à proteção de dados pessoais como direito fundamental na União Europeia e no Brasil (Seção 2). Em segundo, faz-se uma análise da regulamentação da proteção de dados na União Europeia e no Brasil (Seção 3). Em terceiro, traz-se os desafios contemporâneos e possíveis soluções por meio da cooperação jurídica internacional em casos de violação de dados pessoais (Seção 4). Em quarto, é abordada a cooperação jurídica internacional na busca pela efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais (Seção 5) e encerra-se com as considerações finais.

Espera-se, à vista disso, incentivar e promover a discussão e pesquisa jurídica, acadêmica e social sobre o presente tema, ao mostrar a proteção de dados pessoais como direito fundamental e a importância da cooperação jurídica internacional como solução para os desafios contemporâneos transnacionais, diante da era tecnológica vigente. Sendo assim, começa-se então essa análise.

2 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL

Os direitos fundamentais, a partir de concepções diversas, como a histórica, filosófica e sociológica, consistem em prerrogativas que concretizam as exigências de liberdade, igualdade e dignidade humana, assegurando uma sociedade livre, justa e isonômica. Isto é, eles constituem o núcleo inviolável de uma sociedade política, com o intuito de garantir a dignidade da pessoa humana, razão pela qual devem ser reconhecidos formal e materialmente e de forma contínua pelo Estado (Alexy, 2024). Logo, os direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado e, também, das legislações regionais e internacionais (Sarlet, 2006).

2.1 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA UNIÃO EUROPEIA

No decorrer da história, os direitos fundamentais emergiram inicialmente nas declarações de direitos, na forma de proclamações solenes, onde eram enunciados os direitos, e, posteriormente, passaram a compor o preâmbulo das constituições, como na França, por exemplo. Atualmente, nos ordenamentos nacionais integram as constituições, adquirindo o caráter de normas jurídicas positivas constitucionais. Em razão disso, subjetivando-se em direito particular de cada povo, configuram declarações constitucionais de direito, o que tem consequência jurídica em âmbito nacional, regional e internacional (Silva, 2012).

Nesse sentido, além dos direitos fundamentais clássicos, leis e diretrizes foram sendo criadas com uma certa atenção aos dados sensíveis das pessoas e todo seu entorno, já

mostrando uma preocupação com a era tecnológica informacional, como a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948. Em seu artigo 12, ela dispõe que ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem no ataque à sua honra e reputação (ONU, 1948).

Diante desse contexto, a proteção de dados pessoais como direito fundamental na União Europeia foi consolidada a partir de diversas experiências legislativas no âmbito do continente europeu. Segundo Viktor Mayer-Scönberger, há uma classificação evolutiva das leis de proteção de dados pessoais na Europa com quatro gerações distintas (Doneda, 2011).

A primeira geração era formada por normas que refletiam a tecnologia à época, no intuito de regular um ambiente no qual centros elaboradores de dados concentrariam a coleta, o manuseio e a gestão dos dados pessoais. Assim, os núcleos dessas normas tratavam de autorizações para a criação de bancos de dados e do seu controle ulterior por órgãos públicos (Doneda, 2011). Esta primeira geração persiste até a lei federal sobre proteção de dados pessoais da Alemanha, de 1977. Em seguida, a segunda geração de leis surgiu no final da década de 1970, já na era dos bancos de dados informatizados, tendo como seu primeiro grande exemplo a lei de proteção de dados pessoais da França, de 1978 (Doneda, 2011).

A terceira geração de leis, surgida na década de 1980, buscou ampliar a tutela dos dados pessoais, que passou a abarcar mais do que a liberdade sobre os próprios dados pessoais, mas também a garantia da efetividade desta liberdade (Doneda, 2011). Por último, a quarta geração de leis de proteção de dados pessoais caracterizou-se por procurar suprir as desvantagens do enfoque individual, buscando o problema integral da informação, pois elas presumem que não se pode basear a tutela dos dados pessoais na escolha individual, isto é, são necessários instrumentos que elevem o padrão coletivo de proteção (Doneda, 2011).

Em face disso, é possível considerar que a Convenção nº 108 para a Proteção de Indivíduos com Respeito ao Processamento Automatizado de Dados Pessoais, a convenção de Strasbourg, de 1981, é o principal marco da matéria pela visão dos direitos fundamentais. Em seu preâmbulo, a convenção estabelece que a proteção de dados pessoais está ligada à proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sendo entendida como pressuposto do estado democrático, evidenciando sua aceitação ao artigo 8º da Convenção Europeia para os Direitos do Homem (CEDH) (Doneda, 2011).

Na supracitada convenção de Strasbourg, “o direito à proteção de dados finalmente alçou à condição de direito fundamental de natureza autônoma, mas vinculando, como tal, apenas os estados integrantes da União Europeia (UE), o que se deu apenas com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 2009” (Sarlet, 2020, p. 183).

Posteriormente, o direito fundamental à proteção de dados pessoais é consagrado na Diretiva 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, diretiva sobre proteção de dados pessoais da União Europeia (UE), que viria a ser substituída pelo GDPR futuramente. Em seu artigo 1º, que trata do *objetivo da diretiva*, afirma que os Estados-membros assegurarão a proteção das liberdades e dos direitos fundamentais das pessoas singulares, como o direito à vida privada, no que tange ao tratamento de dados pessoais. Dessa forma, a proteção de dados pessoais

como direito fundamental é consagrada na UE, assim como, posteriormente e a seu modo, é consagrada no Brasil, conforme o exposto a seguir.

2.2 PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

Para Paulo Bonavides, é possível observar no decorrer da história dos direitos fundamentais, um desenvolvimento que se dá em cinco gerações. Na primeira estão os direitos de liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos, surgidos no século XVIII em meio à fase inicial do constitucionalismo. Na segunda estão os que surgiram com o constitucionalismo social-democrático do século XX, como os direitos sociais, econômicos e culturais. Na terceira estão aqueles cuja principal característica reside em sua universalidade, tendo como destinatário não o indivíduo, mas o gênero humano, como o direito ao desenvolvimento, ao meio-ambiente e a proteção ao patrimônio comum da humanidade. Por fim, na quarta geração estão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, e como direito fundamental de quinta geração está o direito à paz (Bonavides, 2020).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), de acordo com seu artigo 5º, dispõe 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, além da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação desses direitos fundamentais (Brasil, 1988). No entanto, a CRFB/1988 não reconhece expressamente em seu texto originário o direito à proteção de dados pessoais como sendo um direito fundamental, conforme Sarlet (2020, p. 183):

No caso do Brasil, como já antecipado, a Constituição Federal de 1988 (CF), embora faça referência, no art. 5º, XII, ao sigilo das comunicações de dados (além do sigilo da correspondência, das comunicações telefônicas e telegráficas), não contempla expressamente um direito fundamental à proteção e livre disposição dos dados pelo seu respectivo titular, sendo o reconhecimento de tal direito algo ainda relativamente recente na ordem jurídica brasileira.

Nas últimas décadas, foram elaborados diversos diplomas legais que, direta ou indiretamente, garantem a proteção de dados pessoais, o que mostra a importância dessa matéria para o legislador, como reflexo dos anseios sociais. Aqui, cabe destacar a Lei nº 8.078/1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC/1990), que assegura ao consumidor, em seu artigo 43, o acesso a suas informações pessoais e de consumo constante em cadastros, registros e suas fontes. Outro exemplo é a Lei Complementar nº 105/2001, a Lei do Sigilo Bancário, que protege as operações (ativas e passivas) e serviços entre uma instituição

financeira e seu cliente, garantindo o sigilo e preservando a vida privada do cidadão no âmbito bancário e financeiro.

Nesse sentido, em 2002, o Código Civil (CC/2002) destacou a privacidade e a intimidade do cidadão, alinhando-se aos direitos da personalidade. Posteriormente, o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) surgiu como referência para proteção de dados e privacidade online (Cots; Oliveira, 2019). Anos mais tarde, a promulgação da Lei nº 13.709, de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), introduziu novos contornos e perspectivas à realidade jurídica e social.

Segundo o artigo 1º da LGPD, o seu foco é o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural (Brasil, 2018).

Mesmo diante de todo esse arcabouço normativo, ainda se fazia necessário a positivação expressa do direito à proteção de dados pessoais à nível constitucional, tendo em vista a sua importância para a sociedade, especialmente na era da tecnologia da informação. Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento ocorrido em maio de 2020, reconheceu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387 MC-Ref/DF, na qual:

Cuida-se de pedido de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil contra o inteiro teor da Medida Provisória nº 954, de 17 de abril de 2020, que dispõe sobre “o compartilhamento de dados por empresas de telecomunicações prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado e de Serviço Móvel Pessoal com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para fins de suporte à produção estatística oficial durante a situação de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020” (STF, 2020).

Em face da referida decisão do STF, ascendeu o debate em torno da necessidade de se incorporar a proteção de dados pessoais à CRFB/1988 como um direito fundamental, para que não houvesse mais nenhuma margem a interpretações que violassem ou negassem tal direito. Dessa forma, a proteção de dados pessoais alçaria a posição de direito fundamental de caráter geral e especial, como a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Nesse contexto, e em virtude de a CRFB/1988 cuidar da garantia da privacidade e da intimidade como faces da própria garantia da individualidade, foi promulgada em fevereiro de 2022 a Emenda Constitucional (EC) nº 115/2022¹, que adicionou o inciso LXXIX ao artigo 5º,

¹ A referida Emenda é decorrente da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 17, de 2019, que buscava alterar a redação do inciso XII do art. 5º, do §3º do art. 37 e do §4º do art. 225 da Constituição Federal, para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para atualizar as competências dos órgãos públicos. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 2 jan. 2024.

dispondo que é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais (Brasil, 1988).

Com isso, a proteção de dados pessoais foi positivada expressamente na CRFB/1988, trazendo segurança jurídica ao assumir a condição de limite material à reforma constitucional, conforme o seu artigo 60, que trata das cláusulas pétreas, além de proporcionar soluções mais efetivas no combate às violações desse direito, assim como é possível constatar em outros ordenamentos jurídicos, como o exposto a seguir.

3 REGULAMENTAÇÃO DA PROTEÇÃO DE DADOS NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL

A Europa é reconhecida por sua atenção aos direitos fundamentais, incluindo a proteção de dados pessoais. Essa ênfase é resultado de fatores históricos, políticos e sociais, levando os países europeus a elevarem a proteção de dados pessoais à categoria de direito fundamental. Assim, o papel proeminente da Europa na definição do quadro global para a proteção de dados influenciou significativamente o Brasil, refletindo-se na elaboração de sua legislação sobre o tema, que incorporou princípios e conceitos europeus.

3.1 REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA – GDPR: PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS

Em 27 de abril de 2016 foi aprovado o Regulamento nº 2016/679 do Parlamento e do Conselho Europeu, denominado de Regulamento Geral de Proteção de Dados (*General Data Protection Regulation*), ou GDPR, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. O GDPR abrange todas as organizações que processam dados pessoais de residentes na UE, independentemente de sua localização, fazendo com que empresas globais que coletam e processam dados de cidadãos em sua jurisdição sejam obrigadas a aderir ao GDPR. Este revogou a já citada Diretiva nº 95/46/CE, antigo regulamento geral sobre a matéria, mas preservou seus objetivos e princípios basilares.

A Diretiva nº 95/46/CE, que regulamentou a proteção de dados pessoais na Europa até o ano de 2016, definiu, em seu artigo 2º, que dados pessoais são:

[...] qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“pessoa em causa”); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social (UE, 1995).

Nessa perspectiva, o GDPR visa harmonizar a defesa dos direitos fundamentais das pessoas singulares em relação ao tratamento de seus dados pessoais e assegurar a livre

circulação desses dados entre os Estados-membros da UE, fazendo com que empresas globais que trabalham com a matéria na UE respeitem alguns limites estabelecidos pelo Regulamento (UE, 2016). No entanto, tal regulamento não deve ser entendido como um obstáculo às operações empresariais, apesar da certa complexidade do processo de adaptação, o que pode impactar, às vezes, nas atividades das empresas. Assim, faz-se necessário compreender que o propósito central do GDPR é o direito dos indivíduos de terem seus dados pessoais sendo utilizados de maneira segura, sob o escudo protetor dos direitos fundamentais (Abade, 2013).

Para elucidar a importância do GDPR, é fundamental explorar os três pilares que alicerçam suas regras. O primeiro é a *governança de dados*, que implica na criação de um sistema pré-definido para gerenciar informações, envolvendo pessoas, tecnologias, políticas e processos, visando a transparência e facilitação na tomada de decisões. O segundo é a *gestão de dados*, que representa a execução prática da governança, incluindo regras práticas do GDPR, como a obrigação de manter registros internos de todas as atividades de processamento de dados. Por último, o terceiro é a *transparência de dados*, que aborda o consentimento do usuário e a necessidade de as empresas comprovarem a autorização para utilizar os dados armazenados, o que envolve a divulgação clara e acessível das políticas de privacidade (UE, 2016).

Diante disso, o GDPR foi criado a partir de três motivações principais. Primeiramente, ele busca harmonizar as leis de privacidade de dados pessoais em toda a UE. Em segundo lugar, visa proteger a privacidade de dados pessoais dos cidadãos da UE. Por fim, propõe uma reformulação das práticas organizacionais em relação à privacidade de dados, incentivando uma postura responsável na gestão desses dados e informações sensíveis, alçando proteger os cidadãos contra as violações de privacidade em um mundo globalizado como o atual, conforme os seus princípios e características.

O GDPR representa uma resposta robusta e sistematizada a respeito do direito fundamental à proteção de dados pessoais, em face das mudanças no cenário tecnológico e de hiperconectividade no âmbito europeu. Estruturalmente, o regulamento em questão divide-se em duas seções, sendo a primeira composta por 173 considerações, que fundamentam e direcionam o regulamento. Em seguida, a segunda seção é formada por 11 capítulos, com 99 artigos ordenando os princípios e requisitos que devem ser obedecidos pelas pessoas (naturais ou jurídicas) que tratem de dados pessoais.

Sistematicamente, o GDPR traz como principais elementos: o direito ao esquecimento; a proteção específica para crianças no universo *online*; a necessidade de permissão explícita para uso de dados; a portabilidade de dados; a notificação imediata em caso de invasão e vazamento de dados, e a figura essencial do controlador de dados. Este regulamento possui também a aplicabilidade extraterritorial, sendo a única lei da UE válida para países e grupos empresariais externos ao acordo de integração, consolidando assim um conjunto sistemático de regras para promover uma gestão ética de dados pessoais no continente europeu (UE, 2016).

Em seu artigo 5º, a referida norma traz os seus princípios norteadores, sendo os alicerces que sustentam a proteção de dados pessoais, elevando-os ao patamar dos direitos fundamentais. Tais princípios são os seguintes: licitude; lealdade; transparência; limitação de finalidade; minimização dos dados; limitação de armazenamento; exatidão; integridade e confidencialidade (UE, 2016). Estes princípios terão suas aplicações fiscalizadas pelo Conselho Europeu de Proteção de Dados (EDPB, na sigla em inglês), que atua com o intuito de fiscalizar e monitorar a aplicação da lei referente à proteção de dados pessoais (UE, 2016).

Sinteticamente, o princípio da licitude, que destaca que os dados pessoais somente podem ser tratados com permissão legal; o princípio da lealdade, que aponta para o senso de justiça que deve nortear todos os tratamentos de dados pessoais; o princípio da transparência, que traz a concisão, exigindo uma linguagem simples e compreensível com a identificação do responsável pelo tratamento e a sua finalidade, e o princípio da limitação de finalidade, que determina que o tratamento de dados pessoais deve ser feito de forma específica, explícita, legítima e alicerçada em base jurídica (Maldonado; Blum, 2019).

Em mesmo sentido, o princípio da minimização dos dados pessoais, que ordena que os dados devem ser congruentes e limitados ao que é necessário para atingir suas finalidades; o princípio da limitação do armazenamento, que prescreve que os dados devem ser armazenados de maneira que se permita identificar os seus titulares durante o seu tratamento; o princípio da exatidão, que determina que os dados pessoais devem ser exatos e atuais, evidenciando um compromisso com a identidade do titular, e, por fim, os princípios da integridade e confidencialidade, que estabelecem que os dados pessoais devem ser tratados de modo que promovam a sua segurança, a proteção contra o seu tratamento ilícito e contra a sua perda, destruição ou danificação (Maldonado; Blum, 2019).

Quanto à sua implementação, faz-se necessário esclarecer o que é uma diretiva, instrumento jurídico utilizado para a criação do GDPR. A diretiva é um instrumento normativo da UE, que constitui uma fonte secundária no sistema de fontes do direito comunitário, tendo como função básica a uniformização legislativa (Doneda, 2006). Sendo assim, com a aprovação de uma diretiva, cada país-membro da UE tem um determinado período para adaptar seu ordenamento jurídico aos novos moldes estabelecidos, por meio do processo de transposição.

Neste processo, a falha de um país-membro a transpô-la de forma tempestiva acarreta um certo grau de eficácia direta da diretiva, levando o país a responder pela mora perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) (Doneda, 2006). Segundo o artigo 288 do Estatuto do TJUE, o regulamento detém um alcance geral, sendo obrigatório para todos os seus membros, isto é, as diretrizes vinculam os Estados destinatários quanto ao resultado almejado, ao passo que as recomendações não possuem esse caráter vinculativo (Carreau; Bichara, 2021).

Entre 1995 e os dias atuais, a hiperconectividade e o surgimento de soluções tecnológicas transformaram a obtenção e utilização de dados dos usuários, dando origem a novos e complexos dilemas éticos e normativos. Ao entrar em vigor, o GDPR respondeu a esses desafios emergentes, estabelecendo um marco regulatório mais abrangente e adaptado à era

digital, visando garantir a privacidade e segurança dos dados pessoais dos cidadãos europeus, exigindo que as companhias expliquem de forma clara e compreensível às pessoas como usam seus dados pessoais e informações, e que haja consentimento explícito para tal uso.

Em relação ao consentimento exigido, o GDPR dispõe que:

O consentimento do titular dos dados deverá ser dado mediante um ato positivo claro que indique uma manifestação de vontade livre, específica, informada e inequívoca de que o titular de dados consente no tratamento dos dados que lhe digam respeito, como por exemplo mediante uma declaração escrita, inclusive em formato eletrônico, ou uma declaração oral. [...]. O consentimento deverá abranger todas as atividades de tratamento realizadas com a mesma finalidade. Nos casos em que o tratamento sirva fins múltiplos, deverá ser dado um consentimento para todos esses fins. Se o consentimento tiver de ser dado no seguimento de um pedido apresentado por via eletrônica, esse pedido tem de ser claro e conciso e não pode perturbar desnecessariamente a utilização do serviço para o qual é fornecido (UE, 2016, item 32).

Nesse sentido, o artigo 4º, em seu item 11, preceitua que o consentimento do titular dos dados consiste em uma manifestação de vontade, livre, específica e expressa, pela qual a pessoa titular dos dados aceita, mediante declaração ou ato positivo inequívoco, que os dados pessoais que lhe dizem respeito se tornem objeto de tratamento (UE, 2016). Em face disso, e de outras características que não foram esgotadas neste estudo, o GDPR é de suma importância para a UE e, também, para outros ordenamentos jurídicos que se inspiraram nele, como o Brasil, conforme será observado a seguir.

3.2 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS DO BRASIL – LGPD: PRINCÍPIOS E CARACTERÍSTICAS

No dia 14 de agosto de 2018 foi promulgada a LGPD, lei originária do Projeto de Lei Complementar (PLC) nº 53/2018, que surgiu como “uma legislação extremamente técnica, que reúne uma série de itens de controle para assegurar o cumprimento das garantias previstas cujo lastro se funda na proteção dos direitos humanos” (Pinheiro, 2020, p. 15). Esta lei, como já antecipado, teve bastante influência do GDPR da UE, trazendo parte de suas teorias, além de outras características pertinentes que serão abordadas abaixo.

Segundo o seu artigo 1º, a LGPD dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, em consonância com a CRFB/1988 (Brasil, 2018). Esta lei deve ser observada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, devendo ser aplicada a todos os atores estatais, ou seja:

No direito constitucional e na dogmática dos direitos fundamentais brasileira é absolutamente majoritário o entendimento de que os direitos fundamentais, o que, à evidência, se aplica ao direito à proteção de dados, vinculam diretamente, na condição de normas imediatamente aplicáveis, todos os atores (órgãos, funções, agentes, atos) estatais, aqui considerados em sentido amplo, de modo a assegurar uma proteção sem lacunas (Sarlet, 2018, p. 272).

Em seu artigo 6º, a referida norma traz os seus princípios norteadores, sendo os alicerces que sustentam a proteção de dados pessoais de pessoas naturais, elevando-os ao patamar dos direitos fundamentais. Tais princípios são os seguintes: finalidade; adequação; necessidade; livre acesso; qualidade dos dados; transparência; segurança; prevenção; não discriminação e responsabilização e prestação de contas (Brasil, 2018). Estes princípios terão suas aplicações fiscalizadas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento desta Lei em todo o território nacional (Brasil, 2018).

Sinteticamente, o princípio da finalidade, que impõe que o tratamento de dados deve visar um resultado único e legítimo; o princípio da adequação, que estabelece que o tratamento de dados deve ser coerente com a finalidade do tratamento informada ao titular dos dados coletados, e o princípio da necessidade, que define que o tratamento deve se restringir aos dados necessários para ao fim colimado (Cots; Oliveira, 2019). Em mesma linha, o princípio do livre acesso, que garante ao titular dos dados informação acerca do propósito e da duração do tratamento; o princípio da qualidade, que visa garantir ao titular dos dados a sua exatidão e atualização, e o princípio da transparência, que enfatiza a ideia de privacidade, pois garante que as informações coletadas devem ser acessíveis aos seus titulares (Cots; Oliveira, 2019).

Por fim, o princípio da segurança, que garante ao titular dos dados a ser tratados que o responsável pelo tratamento adotará medidas para proteger os dados coletados; o princípio da prevenção, que diz respeito as medidas que o responsável pelo tratamento dos dados deve tomar para prevenir a ocorrência de qualquer tipo de danos às informações coletadas; o princípio da não discriminação, que garante que os dados coletados não sejam utilizados para fins discriminatórios, e o princípio da responsabilidade que garante que os responsáveis pelo tratamento de dados cumpram com as exigências da LGPD (Cots; Oliveira, 2019).

De acordo com o artigo 5º da LGPD, considera-se dado pessoal informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, sendo sensível quando versar sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural (Brasil, 2018). Tais dados só poderão ser tratados mediante o consentimento pelo titular (salvo exceções

previstas na lei), ou seja, pela manifestação livre e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (Brasil, 2018).

Quanto à sua implementação, a LGPD aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado, independentemente do meio, do país de sua sede ou do país onde estejam localizados os dados, desde que: a operação de tratamento seja realizada no território nacional; a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional ou os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional (Brasil, 2018).

No entanto, esta lei não se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos, para fins exclusivamente jornalísticos ou acadêmicos, e para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou investigação e repressão de infrações penais (Brasil, 2018). Em face disso, a LGPD é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, sendo essencial para o combate à violação do direito fundamental à proteção de dados pessoais em âmbito nacional e, também, contribuindo para soluções de caráter transnacional por meio da cooperação jurídica internacional, conforme será visto a seguir.

4 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES POR MEIO DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM CASOS DE VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Em uma análise comparativa, é possível traçar paralelos entre o GDPR da União Europeia e a LGPD brasileira, tendo em vista que ambos compartilham o enfoque na proteção da privacidade dos indivíduos e buscam estabelecer normas compreensíveis para o tratamento de dados pessoais. Embora tenham origens distintas, tanto o GDPR quanto a LGPD refletem uma tendência global em fortalecer a proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais e promover a responsabilidade por parte das organizações que tratam esses dados, fortalecendo o enfrentamento aos desafios contemporâneos e transnacionais por meio da cooperação jurídica internacional, conforme será abordado nesta seção.

4.1 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS EM CASOS DE VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS E A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

É válido ressaltar que a LGPD é uma das legislações mais recentes e alinhadas ao GDPR, conferindo responsabilidades específicas às organizações no tocante à proteção de dados, apesar de algumas diferenças entre ambas. Por exemplo, o GDPR estipula a obrigatoriedade de designar um Encarregado de Proteção de Dados (DPO), para assegurar a conformidade com a regulamentação. Em contrapartida, a LGPD não impõe a nomeação obrigatória de um DPO para as empresas, permitindo a isenção para empresas de pequeno

porte que atendam aos requisitos legais, exigindo apenas que as organizações designem um encarregado pelo tratamento de dados como sinal de boa fé (Brasil, 2018).

Entretanto, apesar de compartilharem o objetivo central de resguardar a privacidade e segurança dos indivíduos em relação aos seus dados pessoais, destacam-se algumas diferenças notáveis no escopo de aplicação, definições, bases legais, hipóteses de tratamento, penalidades e nas funções atribuídas às organizações. Sendo assim, cada um dos diplomas legais em análise desfruta de suas próprias particularidades, que decorrem de seus aspectos territoriais, jurídicos e sociais, sem prejuízo de apresentarem semelhanças, especialmente no que tange ao enfrentamento de desafios da contemporaneidade (Paulo, 2021).

Nessa conjuntura, quando há casos de violação de dados pessoais, tais violações fragilizam a segurança jurídica nacional, regional e/ou mundial. Isto é, além das dificuldades em se estabelecer a jurisdição competente e aplicação da lei correta, a obtenção de provas e a responsabilização dos infratores relacionados à infração se torna um outro problema, em razão do fator territorial, visto que a vítima da violação pode não estar no mesmo local em que o crime ocorreu. Assim, os processos e julgamentos na presente matéria enfrentam dificuldades desde a identificação dos responsáveis até às sanções dos infratores ou pagamentos indenizatórios às vítimas, tendo a maioria desses problemas o mesmo fundamento: a dificuldade de se estabelecer uma jurisdição competente e qual a lei a se aplicar (Paulo, 2021).

Contudo, existem soluções jurídicas aplicáveis aos problemas supracitados, sendo a cooperação jurídica internacional a principal delas. A cooperação jurídica internacional constitui-se em um conjunto de normas internacionais e nacionais que rege a colaboração mútua entre os membros da sociedade internacional, principalmente os Estados e organizações internacionais, com o objetivo de facilitar o acesso à justiça e a concretização dos objetivos universais (Abade, 2013).

A cooperação jurídica internacional é composta de alguns instrumentos, como o Acordo de Assistência Mútua (MLAT), que consiste em um acordo entre autoridades de diferentes países objetivando a assistência na coleta de provas e condução de investigações, sendo esse dispositivo um dos mais úteis e efetivos em casos de violação de dados, pois facilitam o acesso a dados armazenados em outros países. Além disso, as Cartas Rogatórias também são uma ferramenta utilizada porque possibilitam o cumprimento de decisões judiciais em outras jurisdições, superando assim os desafios extraterritoriais na proteção do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

Na esfera jurídica, o ambiente virtual (ciberespaço) é uma área emblemática porque seu aspecto transnacional desafia os conceitos jurídicos acerca de jurisdição e soberania. Isto significa que o ciberespaço não se atém a fronteiras físicas, fazendo com que a aplicação de leis exija esforços conjuntos de autoridades jurídicas de diferentes localidades/nacionalidades para a garantia de direitos, especialmente a proteção de dados pessoais.

Nesse sentido, o 17º Relatório de Riscos Globais do Fórum Econômico Mundial (*The World Economic Forum*)² incluiu as ameaças cibernéticas como uma de suas categorias de risco e frisou a necessidade do fortalecimento de ações que assegurem a proteção dos cidadãos no ciberespaço. Diante disso, resta evidente a necessidade de se fortalecer os instrumentos jurídicos e legislativos que versam sobre essa matéria, com a missão de sanar as lacunas que dificultam a responsabilização judicial em casos de violação de dados pessoais e, assim, superar os desafios jurídicos contemporâneos (Lemos Filho, 2018).

Tendo em vista que a harmonização das leis internacionais e nacionais acerca da matéria, apesar de ser desafiadora (uma vez que cada Estado possui sua soberania e seus próprios costumes jurídicos), é essencial para o enfrentamento à crimes dessa natureza (Kuner, 2013). Logo, a proteção do direito fundamental em comento exige rigor e efetividade, com o uso de instrumentos jurídicos eficientes e eficazes, como o já mencionado MLAT, que será explicado a seguir.

4.2 ACORDO DE ASSISTÊNCIA MÚTUA COMO INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NO COMBATE À VIOLAÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Como já mencionado, o Acordo de Assistência Mútua (*Mutual Legal Assistance Treaties*), ou MLAT, tornou-se um dos principais instrumentos jurídicos no que concerne ao enfrentamento nos casos de violação de dados pessoais, especialmente em situações transfronteiriças, pois ele facilita o acesso a dados armazenados no exterior, em outras jurisdições. No ordenamento jurídico brasileiro, a LGPD estabelece as bases legais para a transferência internacional de dados, conforme ordena o seu artigo 33:

Art. 33. A transferência internacional de dados pessoais somente é permitida nos seguintes casos:

I - para países ou organismos internacionais que proporcionem grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto nesta Lei;

[...]

III - quando a transferência for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional;

[...] (Brasil, 2018, art. 33).

Nessa perspectiva, o GDPR também versa sobre o MLAT, descrevendo o procedimento de cooperação jurídica internacional entre as autoridades de controle. Em específico, ele estabelece que uma autoridade de controle que recebe uma queixa ou detecta uma possível infração deve notificar e solicitar assistência de outras autoridades de controle pertinentes ao caso. Assim, pode-se incluir também, além do compartilhamento de

²

Ver a íntegra do relatório em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GRR22_Press_Release_Brazil.pdf. Acesso em: 20 abr. 2024.

informações, a realização de investigações conjuntas, conforme a primeira parte do artigo 61 do Regulamento:

1. As autoridades de controlo prestam entre si informações úteis e assistência mútua a fim de executar e aplicar o presente regulamento de forma coerente, e tomam as medidas para cooperar eficazmente entre si. A assistência mútua abrange, em especial, os pedidos de informação e as medidas de controlo, tais como os pedidos de autorização prévia e de consulta prévia, bem como de inspeção e de investigação.
 2. As autoridades de controlo tomam todas as medidas adequadas que forem necessárias para responder a um pedido de outra autoridade de controlo sem demora injustificada e, o mais tardar, um mês após a receção do pedido. Essas medidas podem incluir, particularmente, a transmissão de informações úteis sobre a condução de uma investigação.
 3. Os pedidos de assistência incluem todas as informações necessárias, nomeadamente a finalidade e os motivos do pedido. As informações trocadas só podem ser utilizadas para a finalidade para que tiverem sido solicitadas.
- [...] (UE, 2016, art. 61).

No entanto, a morosidade dos procedimentos processuais atrelados aos acordos de cooperação diminui a eficácia desses instrumentos. Isso se dá por razões como as diferenças legais e regulatórias, visto que cada jurisdição possui seus próprios instrumentos jurídicos sobre proteção de dados e requisitos processuais, tornando a cooperação jurídica algo desafiador, porém, possível. Como exemplo do uso do MLAT, é pertinente comentar o caso *Microsoft Inc. (Irlanda) vs. U.S. Department of Justice*³, que evidenciou com maestria as dificuldades que a comunidade jurídica internacional enfrenta no que tange a cooperação bilateral em prol da proteção de dados pessoais.

Em 2013, a *Microsoft* contestou um mandado judicial dos EUA para entregar dados eletrônicos de *e-mails* hospedados em seu centro de dados na Irlanda, argumentando que violaria os princípios de soberania e territorialidade. Assim, a empresa propôs o uso do MLAT como meio adequado para obter os dados, enfatizando a necessidade de cooperação jurídica internacional. Em contraposição, o governo dos EUA defendeu que a coleta não tinha efeitos extraterritoriais, pois os dados poderiam ser obtidos remotamente no território americano.

Contudo, a Corte Distrital dos EUA rejeitou a argumentação da *Microsoft*, considerando a falta de efeitos extraterritoriais na decisão. O Governo da Irlanda e o Parlamento Europeu expressaram preocupação com a atuação unilateral dos EUA e

³ Ver a íntegra do caso em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/584/17-2/>. Acesso em: 20 abr. 2024.

defenderam a utilização do MLAT para garantir a cooperação jurídica internacional e o respeito ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. Por fim, o caso foi submetido à Suprema Corte norte-americana. Entretanto, com a entrada em vigor do *Cloud Act*⁴, em 2018, responsável por autorizar a coleta de dados armazenados em outra jurisdição, foi declarada a impossibilidade da lide, e a devolução do processo à Corte de origem.

Diante disso, resta evidente a importância da cooperação jurídica internacional, principalmente quando se trata da proteção de dados pessoais em questões emblemáticas no cenário transnacional, com a vantagem de que as próprias leis sobre proteção de dados pessoais, como o GDPR e a LGPD, já possuem instrumentos que garantem essa cooperação, possibilitando respostas eficazes em casos de violação de dados pessoais e efetivando o direito fundamental em questão, conforme será aprofundado na próxima seção.

5 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL NA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Nessa incursão, é importante frisar que a cooperação jurídica internacional é fundamental para a viabilidade de qualquer lei de proteção de dados pessoais, justamente por que os dados são transmissíveis livremente por meio da *internet*. Sendo assim, a necessidade de integração política e econômica em um contexto globalizado implica na regulamentação das relações jurídicas para além das fronteiras, desafiando a concepção tradicional de soberania como um limite à jurisdição. Logo, a cooperação jurídica internacional assume um papel crucial ao se desenvolver sem a presença de uma jurisdição transnacional, mas sim através de relacionamentos pautados no compromisso de assistência mútua entre os Estados.

5.1 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E TRANSNACIONALIDADE: UM NOVO PARADIGMA PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

No que tange à cooperação jurídica internacional, torna-se imperativo enfatizar um elemento de grande relevância: a transnacionalidade. Esta transcende a noção de Estado nacional, assim como os dados pessoais contemporâneos ultrapassam as fronteiras nacionais, configurando-se, assim, como transnacionais. Neste ponto, faz-se necessária a compreensão do conceito de transnacionalidade a partir da visão do direito internacional contemporâneo.

Na atualidade, o direito internacional ordena as relações entre todos os membros da sociedade internacional (Estados, organizações e organismos internacionais e pessoas privadas, incluindo os indivíduos), o que o faz ser caracterizado como direito transnacional

4

Os Estados Unidos promulgaram a Lei de Esclarecimento, lei sobre Negócios Estrangeiros (CLOUD) Act, em março de 2018 para acelerar o acesso a informações eletrônicas detidas por provedores globais com sede nos EUA que são críticas para as investigações de crimes graves de nossos parceiros estrangeiros, desde terrorismo e crimes violentos até exploração sexual de crianças e crimes cibernéticos. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal/cloud-act-resources>. Acesso em: 20 abr. 2024.

(Carreau; Bichara, 2021). Tal concepção é oriunda do jurista americano Philip Caryl Jessup, que define esse direito transnacional como sendo o direito que regulamenta as ações e/ou os acontecimentos que transcendem as fronteiras nacionais (Carreau; Bichara, 2021).

Em mesma linha, a transnacionalidade pode ser entendida como sendo os novos espaços públicos não vinculados a um território específico, que perpassam a ideia clássica de nação jurídica, aceitam a pluralidade como premissa maior e possibilitam o exercício de poder a partir de uma pauta axiológica consensual destinada a viabilizar a proposição de um novo pacto de civilização. Essa perspectiva ressalta a natureza para além das fronteiras nacionais, destacando a essência da colaboração entre nações no cenário global (Cruz; Bodnar, 2009). Isto é, na atualidade, em razão de um processo de pluralização na estrutura do direito internacional, este deixa de ser um Direito apenas estatal para repercutir além da figura do Estado, na vida das pessoas e em uma realidade plural de direitos e sujeitos, como instrumento de invocação de direitos sociais fundamentais (Menezes; Marcos, 2020).

Nesse ínterim, a essência da cooperação jurídica internacional não se limita à concepção de Estados conectados por normas derivadas de valores moldados por uma realidade jurídica, econômica e social que os orienta nessa interação (Menski, 2006). Na medida em que a jurisdição estatal encontra limites atrelados ao seu território, surge a necessidade do Estado contar com a colaboração dos demais para fazer valer suas decisões sobre pessoas, bens e condutas localizados ou realizados no âmbito extraterritorial, o que é denominado de cooperação jurídica internacional.

Ao lidar com a cooperação jurídica internacional, é imperativo reconhecer que a integração entre nações não está isenta de desafios e controvérsias, e a segurança dos dados pessoais emerge como uma preocupação significativa. A violação de dados pessoais representa uma problemática intrínseca a esse ambiente globalizado. Isto significa que tal abordagem requer um espírito de diálogo, negociação e cooperação, respeitando a pluralidade e diversidade, em vez de lutar contra visões distintas que buscam excluir totalmente outras perspectivas (Menski, 2006).

Dessa forma, a cooperação jurídica internacional não apenas viabiliza a resolução pacífica de conflitos, mas também desafia os Estados a desenvolverem estratégias conjuntas para protegerem seus cidadãos contra as ameaças modernas, como a violação de dados pessoais no cenário transnacional decorrentes dos avanços tecnológicos informacionais. Tais avanços ultrapassam os limites de segurança e dificultam a percepção e o controle dessas tecnologias, como a inteligência artificial, por exemplo, assunto que merece um estudo específico, tendo em vista a gama de elementos que a compõe e seus inúmeros dilemas. Além disso, outros desafios transnacionais merecem discussão, como os elencados a seguir.

5.2 DESAFIOS TRANSNACIONAIS À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AVANÇOS REGULATÓRIOS NA AMÉRICA LATINA

À exemplo de casos que transcendem as fronteiras nacionais, destaca-se o contencioso entre a empresa de tecnologia americana Meta e a UE, um embate que lançou luz sobre a inovação tecnológica, proteção da privacidade e a busca por soluções eficazes em um ambiente globalizado. Em janeiro de 2023, a Comissão de Proteção de Dados da Irlanda, órgão regulador de privacidade da UE, emitiu uma penalidade à Meta, conglomerado que controla as plataformas *Facebook*, *Instagram*, dentre outras, relacionada à violação de serviços das redes sociais, no valor de 390 milhões de euros, por ferir as normas de proteção de dados pessoais estabelecidas no GDPR (Halpin, 2023).

No caso, o veredito da referida Comissão revelou que a Meta foi considerada responsável por armazenar e transferir de forma ilícita dados pessoais de usuários europeus para servidores localizados nos EUA, prática proibida pela legislação regulatória europeia. Este caso ilustra os desafios enfrentados por grandes corporações globais ao operar em conformidade com as rigorosas diretrizes de proteção de dados da UE (Halpin, 2023).

Ao final, a decisão proferida pela Corte Europeia representou um marco significativo e sublinhou não apenas a complexidade das questões envolvidas na proteção de dados pessoais em um contexto transnacional, mas também enfatizou a necessidade de se estabelecer diretrizes internacionais coerentes para a harmonização das legislações nacionais e a garantia da privacidade digital em escala global (Halpin, 2023).

No âmbito da América Latina, destaca-se a Rede Iberoamericana de Proteção de Dados (RIPD), um mecanismo regional para cooperação na esfera da privacidade e proteção de dados pessoais. A RIPD envolve organizações de diversos setores, desempenhando um papel significativo na promoção do direito à proteção de dados pessoais na região iberoamericana, que compreende os territórios, no continente americano, onde o português ou espanhol são as línguas predominantes.

Outrossim, um marco significativo evidenciou-se nas Diretrizes de Proteção de Dados Pessoais para Estados Iberoamericanos, aprovadas no XVI Encontro Iberoamericano de Santiago do Chile, em junho de 2017. Insta salientar que essas diretrizes foram elaboradas com o apoio da Comissão Europeia, consolidando-se como um modelo regional de referência para o direito de proteção de dados pessoais. Tais diretrizes fornecem uma base jurídica para a revisão das normas existentes e orientam a formulação de normas futuras (Aguar, 2022).

Diante dessa repercussão, a referida Rede estabeleceu-se como o principal catalisador do diálogo e das iniciativas de proteção de dados pessoais na região iberoamericana. Em termos de impacto, os benefícios alcançaram mais de 350 milhões de cidadãos latino-americanos que agora contam com leis de proteção de dados pessoais e autoridades locais empenhadas em assegurá-las. No Brasil, semelhante à UE, em incidentes de segurança, mesmo com a implementação de todas as medidas previstas na legislação para evitá-lo, os responsáveis devem comunicá-lo imediatamente à ANPD, autoridade fiscalizadora

competente. A comunicação à ANPD deve incluir a descrição dos dados afetados, informações sobre os titulares, medidas de segurança adotadas, riscos do incidente, motivos da demora, se houver, e medidas para reverter ou mitigar danos (Brasil, 2018).

Em face disso, a cooperação jurídica internacional revela-se como elemento essencial na dinâmica da proteção de dados pessoais na contemporaneidade. A transnacionalidade desafia a concepção tradicional de soberania, demandando colaboração entre Estados e os demais membros da sociedade internacional, para efetivar a proteção de dados pessoais.

Logo, são essenciais as redes de integração, como a RIPD, e a comunicação imediata à autoridade fiscalizadora competente em casos de incidentes de segurança, reforçando a necessidade de respostas cooperativas no enfrentamento aos desafios jurídicos transnacionais da contemporaneidade, que implicam na efetivação (ou não) do direito fundamental à proteção de dados pessoais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, o presente estudo mostrou que a proteção dos direitos fundamentais encontra novos desafios inerentes ao cenário tecnológico globalizado contemporâneo, principalmente no que tange à proteção de dados pessoais, direito que foi elevado à categoria dos direitos fundamentais tanto na União Europeia quanto no Brasil. Nessa perspectiva, evidenciou-se a regulamentação da proteção a esse direito fundamental por meio de legislações, como o GDPR da União Europeia e a LGPD do Brasil, e foi discutido soluções para a presente problemática por meio da cooperação jurídica internacional.

Analisou-se, de forma comparativa, a importância do GDPR da União Europeia e da LGPD brasileira, tendo em vista que ambas as regulamentações compartilham o enfoque no direito fundamental à proteção de dados pessoais em âmbito transnacional e nacional, respectivamente. Com isso, chegou-se à resposta para a problemática central, ou seja, é necessário promover o uso da cooperação jurídica internacional, como um instrumento de efetivação do direito fundamental à proteção de dados pessoais em casos de violação transnacionais na União Europeia e no Brasil, diante do cenário atual versado.

Portanto, conforme foi apontado, este estudo trouxe à tona a importância do direito fundamental à proteção de dados pessoais no cenário tecnológico globalizado contemporâneo, diante da transnacionalidade desses dados e das lacunas jurídicas e legislativas que dificultam a proteção a eles e facilitam a atuação de agentes que violam o referido direito fundamental na União Europeia e no Brasil, assim como em outros ordenamentos jurídicos também.

Por fim, espera-se que este estudo possa impulsionar a discussão e pesquisa jurídica, acadêmica e social sobre o tema em questão, promovendo o avanço dos mecanismos de proteção de dados pessoais como direito fundamental. Ademais, busca-se fomentar uma

maior cooperação jurídica internacional como resposta aos desafios transnacionais atuais, em meio ao contexto da globalização tecnológica.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

AGUIAR, Thaís. Cooperação internacional em proteção de dados: conhecendo a Rede Iberoamericana de Proteção de Dados e seu Fórum da Sociedade Civil. **DataPrivacyBR Research**, 23 ago. 2022. Disponível em: <https://www.dataprivacybr.org/cooperacao-internacional-em-protexcao-de-dados-conhecendo-a-rede-iberoamericana-de-protexcao-de-dados-e-seu-forum-da-sociedade-civil>. Acesso em: 7 dez. 2023.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. 3. ed. São Paulo: JusPodivm; Malheiros, 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2019**. Altera a redação do inciso XII do art. 5º, do §3º do art. 37 e do §4º do art. 225 da Constituição Federal, para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para atualizar as competências dos órgãos públicos. Diário Oficial da União. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594>. Acesso em: 2 dez. 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: JusPodivm; Malheiros, 2020.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahir-Philippe. **Direito internacional**. Paris: A. Pedone, 2021.

CARVALHO RAMOS, André de; MENEZES, Wagner (orgs.). **Direito Internacional Privado e a nova cooperação jurídica internacional**. 1.ed. São Paulo: Arraes, 2015.

CARVALHO RAMOS, André de. Obtenção de provas no exterior: para além da Lex fori e lex diligentiae. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, n. 2, p. 685, 2015, v. 12.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do Direito transnacionais. **Revista eletrônica do CEJUR**, n. 4, 2009, v. 1. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/download/15054/11488>. Acesso em 5 dez. 2023.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Revista Espaço Jurídico**, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LEMOS FILHO, Tarcísio Germano de. **A Cooperação Jurídica Internacional no Código de Processo Civil Brasileiro e a Exigência de Jurisprudência Íntegra, Estável e Coerente**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, [S. L.], 2018.

HALPIN, Padraic. **Meta told to reassess legal basis for EU personalised ads**. Reuters, 2023. Disponível em: <https://www.reuters.com/technology/irish-privacy-regulator-fines-meta-more-than-400-mln-2023-01-04/>. Acesso em: 10 fev. 2024.

KUNER, Christopher. **Transborder Data Flow Regulation and Data Privacy Law**. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2274387. Acesso em: 10 fev. 2024.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **Comentários ao GDPR**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MENEZES, Wagner; MARCOS, Henrique. O Direito Internacional e a Pandemia: Reflexões Sistêmico-Deontológicas. **Revista da Faculdade de Direito da UFU**, n. 2, p. 43-78, Uberlândia, 2020, v. 48.

MENSKI, Werner. **Comparative law in a global context: The legal systems of Asia and Africa**. 2 ed. Cambridge: Cambridge University, 2006.

PAULO, Matheus Adriano. **Análise Comparativa da Cooperação Internacional, das Sanções Administrativas e do Controle Judicial na Proteção de Dados na União Europeia e no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade do Vale do Itajaí, [S. L.], 2021.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei nº 13.709/2018 (LGPD)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 14, n. 42, p. 179-218, jan./jun. 2020. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/875>. Acesso em: 20 abr. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL [STF]. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.387 MC-Ref/DF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 25 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA [UE]. **Regulamento nº 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016 - GDPR**. 2016. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/art-61-gdpr/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

UNIÃO EUROPEIA [UE]. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995**. 1995. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31995L0046/>. Acesso em: 25 jan. 2024.

7

DOI: 10.5281/zenodo.13172078

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

SUASSUNA SEGUNDO, Francisco Solano de Freitas Suassuna. Neorretribucionismo, reação social e a prevenção terciária ao delito à luz da pec 45/2023. *Revista Insigne de Humanidades*, Natal, v. 1, n. 2, p. 120-133, maio/ago. 2024.

Recebido em: 03/07/2024
Aprovado em: 18/07/2024

Neorretribucionismo, reação social e a prevenção terciária ao delito à luz da pec 45/2023

Neoretributionism, Social Reaction, and Tertiary Crime Prevention in Light of PEC 45/2023

Francisco Solano de Freitas Suassuna Segundo¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8552356218518122>.

 E-mail: suassunasegundo@gmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A PEC 45/2023: UMA RESPOSTA LEGISLATIVA AO ATIVISMO DO SUPREMO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL N° 635.659. 3 A PREVENÇÃO TERCIÁRIA AO CRIME: UM TRATAMENTO PALIATIVO. 4 NEORRETRIBUCIONISMO E TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Bacharel em Direito pela UFRN. Advogado. Pós-graduando em Direito Público, Direito Civil e Processual Civil. Residente jurídico no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8552356218518122>. E-mail: suassunasegundo@gmail.com.

RESUMO:

O estudo analisa o impacto da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 45/2023, que criminaliza a posse e o porte de qualquer quantidade de drogas, destacando sua relação com o neorretribucionismo e a prevenção terciária ao crime. A PEC surge como resposta ao julgamento em curso no Supremo Tribunal Federal sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal. A pesquisa aborda as implicações legais e sociais da medida, incluindo o fortalecimento do encarceramento em massa e a reação social à tendência garantista do STF. Utilizando uma abordagem criminológica e jurídica, o trabalho examina a eficácia da emenda em lidar com o problema das drogas no Brasil, considerando as críticas de que a medida poderia intensificar a superlotação carcerária e favorecer o crime organizado. Conclui-se que a PEC 45/2023, ao reforçar uma política punitivista, pode não ser a solução mais adequada para os desafios contemporâneos relacionados ao tráfico e consumo de drogas, sugerindo a necessidade de políticas mais equilibradas e inclusivas.

Palavras-chave:

PEC 45/2023. Neorretribucionismo. Prevenção terciária. Encarceramento em massa. Brasil.

ABSTRACT:

The study analyzes the impact of the Proposed Constitutional Amendment (PEC) 45/2023, which criminalizes the possession and carrying of any quantity of drugs, highlighting its relationship with neoretributionism and tertiary crime prevention. The PEC arises in response to the ongoing judgment in the Supreme Federal Court on the decriminalization of drug possession for personal use. The research addresses the legal and social implications of the measure, including the reinforcement of mass incarceration and the social reaction to the STF's guarantor trend. Using a criminological and legal approach, the paper examines the effectiveness of the amendment in addressing the drug problem in Brazil, considering criticisms that the measure could intensify prison overcrowding and favor organized crime. It concludes that PEC 45/2023, by reinforcing a punitive policy, may not be the most appropriate solution for contemporary challenges related to drug trafficking and consumption, suggesting the need for more balanced and inclusive policies.

Keywords:

PEC 45/2023. Neoretributionism. Tertiary prevention. Mass incarceration. Brazil.

1 INTRODUÇÃO

Há muito se discute no Brasil acerca da descriminalização da maconha e de outras substâncias psicoativas para uso pessoal, bem como acerca da quantidade da droga que caracterizaria porte para uso pessoal ou tráfico de ilícito de drogas. Tal discussão se aprofundou especialmente após a edição da Lei nº 11.343/2006, que passou a prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas no Brasil.

Além disso, as discussões também se embasam em exemplos internacionais como Canadá, Malta e Uruguai que permitem o uso adulto da *cannabis sativa*, além dos estados Nova York, Califórnia e Colorado, nos Estados Unidos da América, que têm leis próprias que permitem o consumo e o comércio de maconha.

Sobre essa problemática, tramita no Supremo, desde 2011, o recurso extraordinário de nº 635.659, que discute a possibilidade de descriminalização do porte de drogas para consumo próprio no país e que se encontra em julgamento desde o final de 2023 na Corte Constitucional, após ser afetado ao sistema dos recursos com repercussão geral.

No referido recurso extraordinário, discute-se à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada.

Nesse cenário, analisa-se no referido recurso extraordinário a compatibilidade do artigo 28 da Lei de Drogas com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, ou seja, se a Constituição Federal de 1988 albergaria a tese de que uma determinada quantidade de drogas não configura qualquer ilícito e, ainda, se o uso *cannabis sativa* é constitucional e deveria ter seu porte liberado para consumo pessoal, independentemente da quantidade.

Por meio deste julgamento, fixará o STF uma tese com repercussão geral acerca da quantidade diferenciadora entre porte para uso pessoal e tráfico ilícito de drogas. Entretanto, em resposta ao julgamento do Tribunal, o Senado Federal aprovou, em segundo turno, a Proposta de Emenda Constitucional nº 45/2023 que altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de qualquer quantidade de drogas no país, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Dessa forma, ocupa-se o presente capítulo em discutir a política criminal adotada pelo Senado Brasileiro com aprovação da referida proposta de emenda constitucional, bem como a natureza criminológica da medida, destacadamente acerca do seu viés neoretribucionista e que se mostra como medida de reação social há uma tendência garantista e ativista do Supremo Tribunal Federal, para além de sua natureza de prevenção terciária ao delito, já que busca o fortalecimento de um sistema punitivista e de massificação do encarceramento daqueles flagranteados portando drogas.

Concluiu-se, ao final, que o entendimento majoritário prevalecente no ramo da criminologia, é de que a tese discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal estaria em consonância com os preceitos constitucionais e seria uma medida razoavelmente adequada ao caso, já que fixaria balizas objetivas para a configuração do porte voltado ao consumo pessoal ou do tráfico de drogas ilícitas.

Por outro lado, constatou-se que a PEC se mostra uma medida de discutível aplicação no Brasil, já que de forma muito nítida ocasiona o encarceramento massificado de pessoas flagranteadas portando qualquer quantidade de drogas, o que só tende a favorecer o crime organizado e as grandes facções brasileiras por meio da alimentação desenfreada dos presídios brasileiros.

2 A PEC 45/2023: UMA RESPOSTA LEGISLATIVA AO ATIVISMO DO SUPREMO NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL Nº 635.659

O Recurso Extraordinário nº 635.659, originado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que tramita há quase 13 anos no Supremo Tribunal Federal e que foi afetado ao regime dos recursos com repercussão geral (tema 506), sob relatoria do Ministro Gilmar Mendes, versa sobre a compatibilidade do artigo 28 da Lei 13.343/2006 com a Constituição Federal, e destacadamente se ele feriria os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, vez que criminaliza aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para consumo pessoal.

Nesse contexto, discute-se acerca de possível incompatibilidade do referido dispositivo com o ordenamento jurídico pátrio, vez que criminaliza de forma branda o porte de qualquer quantidade de drogas, não especificando de forma objetiva o montante que seria considerado regular, ou seja, para fins de consumo pessoal, daquele que caracterizaria o tráfico de drogas que, por consequência, teria outros reflexos penais, principalmente pela incidência do tipo previsto no art. 33 da Lei 13.343/2006.

Dessa forma, questiona-se ao Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 13.343/2006, ao tempo em que também se intenta a fixação de uma tese para estabelecer a quantidade caracterizadora do tráfico de drogas, daquela que só configura o porte para consumo pessoal e, ainda, a possibilidade de descriminalização da *cannabis sativa* (maconha).

Nesse aspecto, diverge a Corte sobre tais critérios, uma vez que, por exemplo, o Ministro Alexandre de Moraes propõe a tese de que:

"1. Não tipifica o crime previsto no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 a conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância entorpecente 'maconha', mesmo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; 2. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário aquele que adquirir, guardar,

tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, uma faixa fixada entre 25,0 a 60 gramas de maconha ou seis plantas fêmea”(BRASIL, 2023).

Enquanto que outros ministros, como Dias Toffoli, André Mendonça e Cristiano Zanin sustentam ser matéria que deveria ser definida pelo Legislativo, de forma que declaram o dispositivo (artigo 28 da Lei nº 11.343/2006) constitucional.

Todavia, o julgamento foi suspenso quando oito ministros já haviam votado, havendo, até então, 5 votos favoráveis e 3 contrários, haja vista que os ministros Gilmar Mendes (relator), Edson Fachin, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Rosa Weber se mostram favoráveis à descriminalização, enquanto que os ministros Cristiano Zanin, André Mendonça e Kassio Nunes Marques são contra a tese.

Contudo, a principal problemática, alvo de uma atuação rápida do Congresso, reside nos critérios adotados por cada ministro, já que Alexandre de Moraes, Rosa Weber, Gilmar Mendes (relator) e Roberto Barroso definem como critério para ao porte pessoal 60 gramas ou 6 plantas fêmeas, enquanto que os ministros Cristiano Zanin e Nunes Marques defendem uma tese mais restritiva, de que o porte se daria com, no máximo, 25 gramas ou 6 plantas fêmeas. De modo mais legalista, Edson Fachin e André Mendonça votam apenas para dar prazo ao congresso para fixar os critérios objetivos (Poder 360, 2024, n. p.).

Nesse contexto, como uma medida reacionária ao julgamento, ainda em abril, o Senado aprovou a PEC 45/2023, que insere no art. 5º da Constituição a determinação de que é crime a posse ou o porte de qualquer quantidade de drogas ou entorpecentes “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A proposta de emenda à Constituição é de autoria do senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), presidente do Senado (Agência, 2024 n. p.)

O projeto de emenda aprovado no Senado é uma reação de parlamentares ao julgamento em curso no Supremo Tribunal Federal (STF), que discute a constitucionalidade de um trecho da Lei de Drogas. O caso pode descriminalizar o porte de maconha, em pequena quantidade, para uso pessoal. Os ministros definirão qual a quantidade máxima de maconha seria tolerada (G1, 2024, n. p.).

Nesse contexto, torna-se notável, pela própria fundamentação jurídica da PEC, apresentada pelo Senador Rodrigo Pacheco, que a proposta seria uma resposta ao Julgamento do Supremo sobre a descriminalização das drogas, ao dispor que:

Essa compreensão vem sendo desafiada no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP1, que se encontra sob julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), e que teve sua repercussão geral reconhecida (Tema 506). [...] Com efeito, o prosseguimento do julgado (RE 635.659/SP) aponta para uma declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, de 2006. Esta Proposta de Emenda à Constituição visa a conferir maior robustez à vontade do constituinte originário, na esteira dos dispositivos anteriormente elencados, ao prever um mandado de criminalização constitucional

para as condutas de portar ou possuir entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Essa medida, uma vez promulgada, daria respaldo à validade do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006. É de notar que a própria jurisprudência do STF reconhece a possibilidade de que emendas constitucionais possam ser editadas como consequência de decisões de constitucionalidade do próprio tribunal. E reconhecem, inclusive, que estas merecem maior deferência pelo Tribunal, motivo pelo qual consideramos adequada a eleição desta via – uma proposta de emenda à constituição – para sedimentar, definitivamente, a opção feita pelo constituinte originário a respeito do tema. Cite-se a esse respeito a ementa da ADI 5105/DF2 (Brasil, 2023).

Todavia, é de ressaltar que não se trata, de fato, de uma medida unicamente de ordem política, já que a Constituição Federal de 1988 tratou do tema em vários dispositivos, equiparando o tráfico aos crimes hediondos (art. 5º, inciso XLIII) e autorizando a extradição de cidadãos naturalizados que tenham se envolvido nesse crime (art. 5º, inciso LI). Ainda, incumbindo à Polícia Federal, sem prejuízo das demais forças, “prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” (art. 144, § 1º, inciso II).

Nesse diapasão, a Constituição de 1988 ainda determinou, no art. 243, a expropriação de terras utilizadas para o plantio de drogas e a apreensão de quaisquer bens e valores decorrentes do tráfico. Estabeleceu a necessidade de “programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins” (art. 227, § 3º, inciso VII), pelo que a edição da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que previu a prática de “tráfico de drogas”, com pena agravada (art. 33), bem como a de “porte para consumo pessoal”, com penas que não permitem o encarceramento (art. 28) encontraria nítido respaldo jurídico.

Outrossim, segundo especialistas, a criminalização gera um efeito colateral muito maior do que as próprias substâncias em circulação na sociedade, já que as substâncias que mais causam danos sociais nas famílias e na sociedade, prejuízo ao atendimento público de saúde, não são criminalizadas. E uma política pública eficiente de controle de substância, que é o controle do tabagismo, passou longe (até então) da criminalização (Brasil, 2024).

Assim, em suma, embora o problema em comento possua alta relevância, diante do impacto que causa no sistema de justiça criminal de combate às drogas, o Congresso Brasileiro apenas deu a devida atenção após a Suprema Corte Constitucional pautar o julgamento de um recurso cuja omissão legislativa é responsável por sua chegada à Corte, já que versa exatamente sobre a inexistência de parâmetros legais para a distinção entre o porte para usufruto e o tráfico de drogas na legislação de regência.

3 A PREVENÇÃO TERCIÁRIA AO CRIME: UM TRATAMENTO PALIATIVO

A criminologia contemporânea divide a prevenção ao crime em três categorias, conforme ensina Nestor Sampaio Penteado Filho: a primária ataca a raiz do conflito ligando-

se à garantia de educação, saúde, trabalho, segurança e qualidade de vida do povo, instrumentos preventivos de médio e longo prazo (Penteado Filho, 2020, p. 136).

A segunda categoria destina-se a setores da sociedade que podem vir a padecer do problema criminal e não ao indivíduo, manifestando-se a curto e médio prazo de maneira seletiva, ligando-se à ação policial, programas de apoio, controle das comunicações etc. (Penteado Filho, 2020, p.136).

A prevenção Terciária, por sua vez, se volta ao recluso, por meio do uso do sistema prisional para encerramento e aplicação de medidas socioeducativas, como a laborterapia, a liberdade assistida, a prestação de serviços comunitários, dentre outros (Penteado Filho, 2020, p. 136).

Nesse cenário, fazer constar na constituição que “a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” corrobora sobremaneira com o encarceramento massificado, pelo que tal medida possui a natureza de prevenção terciária ao delito, já que se volta ao fortalecimento de um sistema de reclusão daqueles que infringem o texto normativo.

Nesse aspecto, o texto da emenda só agrava a situação de incerteza gerada pela inexistência de critério objetivo no Brasil sobre a distinção entre porte para uso pessoal e o tráfico de drogas, pelo que o julgamento do Supremo se mostra de instrumental importância no estabelecimento de balizas, por meio da fixação de critérios objetivos, na diferenciação do uso e do tráfico.

Nesse aspecto, embora a Lei nº 11.343 de 2006 tenha traçado distinções mais claras entre usuário e traficante do que as previsões contidas na Lei nº 6.368, de 1976, a sua aplicação não foi capaz de diminuir o encarceramento decorrente do tráfico de drogas. Em verdade, com a aplicação da Lei nº 11.343, de 2006, logo em seus primeiros dez anos, viu-se um aumento em mais de 160% dos encarcerados por tráfico - dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), 2016 (FREITAS et al., 2024, p. 90).

Nesse mesmo raciocínio, (Uchôa, 2023, p. 110) também cita a existência de estudos que indicam que essa alta taxa de encarceramento foi exasperada com a atual lei de drogas, editada no ano de 2006, contribuindo significativamente para a expansão de facções criminosas

De modo a minimizar tal problemática, Walter Nunes da Silva Junior defende a tese de que há de se investir em uma política de diminuição do encarceramento, inclusive com a aplicação dos mutirões carcerários, disciplinados pela Portaria CNJ n.º 170, de 2023, que, acertadamente, tem como embasamento as determinações contidas na ADPF n.º 347 MC/DF²,

² Na ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento de que “1. Há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2. Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional

na Súmula Vinculante n.º 56³, no RE n.º 641.320/RS e nos HCs coletivos n.ºs 143641/SP e 165/DF, concedidos pelo Supremo Tribunal Federal (SILVA JÚNIOR, 2024).

Por outro lado, a prevenção secundária, que deveria ser a principal adotada no Brasil, destina-se a setores da sociedade que podem vir a padecer do problema criminal e não ao indivíduo, manifestando-se a curto e médio prazo de maneira seletiva, ligando-se à ação policial e programas de apoio e de controle (Penteado Filho, 2020, p. 136).

Segundo João Carlos Sproesser Mathias:

esse nível de atuação deve apresentar respostas mais imediatas à violência, enfocando a capacidade de diagnóstico, ações pontuais e limitação do dano. As estatísticas criminais e os serviços de informações são indispensáveis, pois possibilitam a identificação de casos e populações sob risco, permitindo dirigir as ações a pessoas mais suscetíveis de praticar crimes e violências, bem como limitar os danos causados a pessoas mais suscetíveis de serem vítimas de crimes e violências (Mathias, 2010, p. 29).

Pode-se citar como exemplos de práticas relacionadas à prevenção secundária: as barreiras físicas, as técnicas de vigilância de ambientes e o policiamento ostensivo. Além dessas práticas gerais, pode-se mencionar também programas como o Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (PROERD), (Rodrigues, 2023, n. p.).

À vista disso, é de se observar que a principiologia da CF de 1988, conforme, inclusive, já citada nos fundamentos jurídicos da PEC 45/2023 não se deu no sentido de majorar o encarceramento, mas sim de aprimorar um sistema de combate ao crime por intermédio da universalização de direitos sociais que, por consequência, reduzem os fatores de marginalização.

Não por acaso, nos locais onde o Poder Público se mostra muito deficiente na garantia dos direitos e garantias fundamentais - saneamento básico, educação, segurança - e onde os grupos armados têm uma presença mais efetiva, que é também onde o combate violento ao comércio dessas substâncias ocorre. Certamente, os jovens pretos periféricos que moram nessas zonas de baixo desenvolvimento humano, nas periferias, nas favelas, eles se tornarão ainda mais vulneráveis a uma política de repressão que é violenta, estigmatizante e criminalizante (Brasil, 2024).

de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. 3. O CNJ realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

³ Nesta súmula, o Supremo Tribunal Federal assentou o entendimento vinculante de que "A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS", sendo tais parâmetros: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao sentenciado após progressão ao regime aberto.

Sobre tal perspectiva, é de se concluir que a Emenda Constitucional ora em análise, em nada tende a contribuir com um sistema de prevenção criminal resolutivo e que gere, de fato, reflexos sociais positivos, notadamente no que se refere à redução da criminalidade organizada violenta.

Nesse cenário, a política que o Congresso Nacional tende a aprovar se mostra apenas uma ação reacionária e paliativa a um sério problema de saúde e de segurança pública, que é o tráfico de drogas.

Outrossim, há muito já ensina a doutrina especializada no tema, que de nada adianta os estados implementarem uma política de caça às bruxas e de aprisionamento massivo, como fez os Estados Unidos, sem que ao mesmo tempo promova o estabelecimento de políticas públicas de enfrentamento à pobreza e à marginalização para reduzir os fatores sociais responsáveis pelo ingresso dos jovens brasileiros na criminalidade.

4 NEORRETRIBUCIONISMO E TEORIA DA REAÇÃO SOCIAL

Segundo Olavo Hamilton, a política antidrogas se divide em duas: a punitivista, que incorpora a bandeira da guerra às drogas; a outra, liberal, absoluta ou relativa, que permite o consumo próprio das drogas em geral, pelas pessoas adultas, e capazes sem qualquer controle ou limitação, adotando, até mesmo, a legalização do comércio das substâncias entorpecentes, assim como feito quanto ao tabaco e ao álcool, com ou sem restrição às substâncias entorpecentes mais pesadas (Hamilton, 2019).

Walter Nunes da Silva Júnior acresce uma terceira classificação, a que visa a redução de danos, com ênfase na prevenção, tratando a droga como um mal e o consumo próprio como questão de saúde, centrando a ação repressiva no tráfico e na desconstrução financeira das organizações criminosas que operam nesse mercado (Silva Júnior, 2024, p. 116).

No âmbito da política a ser estabelecida por meio da PEC 45/2003, vê-se que o Legislativo pátrio, desatento ao que ensina a doutrina majoritária contemporânea acerca da prevenção e repressão ao tráfico ilícito de drogas, procura estabelecer com a referida alteração constitucional uma medida de cunho punitivista e que tende a majorar a extremada política de guerra às drogas.

Tal política, já amplamente aplicada nos Estados Unidos, se funda no encarceramento em massa, por meio de uma reclusão generalizada daqueles que se enquadram no tipo normativo do tráfico, sendo caracterizada como neoretribucionista, também denominada de Teoria da Lei e Ordem ou da Tolerância Zero, por voltar-se ao estabelecimento de medidas desarrazoadas e extremadas na repressão à criminalidade. Segundo, (Penteado Filho, 2020, p. 94) essa teoria surge nos Estados Unidos e é inspirada pela escola de Chicago.

Acerca dela, a doutrina criminológica critica a sua aplicabilidade, no sentido de que produz um elevado número de encarceramentos (nos EUA, em 2008, havia 2.319.258

encarcerados e aproximadamente 5.000.000 pessoas beneficiadas com algum tipo de instituto processual, como sursis, liberdade condicional etc.) (Penteado Filho, 2020, p. 94).

Sob tal ponto de vista, vê-se que a emenda 45/2023 caracteriza-se, pois, com tal espécie de política carcerária, já que acarreta no estabelecimento de uma desarrazoada medida jurídica, que é a de que a lei considerará crime a posse e o porte, independentemente da quantidade, de entorpecentes e de drogas.

Não por acaso, esse é um dos fatores que levaram a quantidade de detentos nos Estados Unidos a saltar da casa dos 300 mil, na década de 1970, para mais de 2,3 milhões na década de 2010, uma ampliação próxima a 800%, além da existência de um impiedoso e lucrativo mercado que explora a mão de obra encarcerada (Suassuna Segundo, 2024, p. 76).

Nesse contexto, a referida política criminal apenas corrobora com a criminalidade crescente, organizada a partir dos presídios. Ao mesmo tempo, na periferia dos grandes centros urbanos brasileiros predomina uma indiscutível ausência estatal e, via de regra, uma desordem crescente, formando o ambiente favorável à instalação do crime organizado, das milícias etc (Penteado Filho, 2020, p. 98).

Ademais, tal política também possui nítido caráter de reação punitivista, fortalecendo a negativa política de aprisionamento em flagrante existente no Brasil, o que restou comprovado por estudo realizado por Marcelo Semer (2019 p. 263-269), após análise de sentenças relacionadas ao crime de tráfico de drogas de alguns estados do país, como Bahia, São Paulo, Pará, Maranhão, Goiás, Paraná, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, concluindo que 88,75% dos casos de processos criminais se originaram de prisões em flagrante e 11,25% de investigações pretéritas.

Nesse contexto, 44% das prisões são decorrentes de atividades de patrulhamento (revelando uma preponderância da polícia repressiva), 29,38% decorrente de denúncia anônima, sendo que 3,88% são em razão, por exemplo, da realização de interceptação telefônica (Semer, 2019 p. 263-269). Pela análise do estudo, pode-se observar que há um número massivo de pessoas que são presas sem uma investigação prévia.

Nesse contexto de assistemática da estrutura de controle da criminalidade no Brasil, Bruno Lacerda Bezerra Fernandes dispõe que a falta de eficácia nas instituições do sistema de justiça criminal não resulta apenas na perda de confiança e reputação dessas instituições, mas também aumenta os sentimentos de insegurança na sociedade (Fernandes, 2016, p. 122).

Isso pode dar origem a demandas por lei e ordem que podem envolver desrespeito às garantias constitucionais conquistadas por amplos segmentos sociais, especialmente os estratos mais pobres da população (Fernandes, 2016, p. 122).

À vista disso, considerando que da evolução das reações sociais ao crime prevalecem hodiernamente três modelos, o dissuasório, ressocializador e restaurador (integrador), é de se dar prevalência à aplicação do mais contemporâneo de todos, o modelo restaurador (integrador), que procura restabelecer, da melhor maneira possível, o *status quo ante*, visando

à reeducação do infrator, à assistência à vítima e ao controle social afetado pelo crime (Penteado Filho, 2020, p. 137).

Isso porque o clássico sistema dissuasório, que visa a repressão por meio da punição do agente criminoso, se mostra incompatível com a atual sistemática de ressocialização vigente por força das garantias constitucionais e dos direitos humanos internacionalmente consolidados.

Sob outro aspecto, já analisou o autor do presente capítulo o entendimento prevalecente no STF, por meio de julgados do ano de 2020, acerca da aplicação de postulados penais finalistas e funcionalistas, concluindo que:

Na aplicação das normas penais, as correntes funcionalistas, substancialmente em sua face teleológica, vêm adquirindo força doutrinária e aceitação jurídica das cortes superiores, visto que suas proposições indicam a necessidade de realizar análises subjetivas pelo direito penal, ou seja, que não a mera capitulação do ato, a fim de que ele cumpra sua função essencial: a proteção dos bem-jurídicos e a garantia da convivência ordenada na sociedade. Desse modo, o sistema jurídico-penal brasileiro adquire novas conformações que, apesar de não relegar por completo os postulados finalistas, auferem expressão crescente pelas correntes que se afastam das limitações construídas sob a vigência do finalismo (Suassuna Segundo, 2024, p. 157).

Dessa forma, com clareza se verifica um posicionamento da Suprema Corte pelo fortalecimento da corrente penal funcionalista, com lastro na principiologia constitucional, destacadamente por um misto de aplicação do garantismo processual, ao tempo em que é afastado um formalismo estritamente legalista presente no ramo para dar efetividade ao direito criminal, desde que inexista prejuízo ao acusado e às suas garantias legais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do que acima foi exposto, percebe-se com clareza haver no Brasil um vácuo normativo no que pertine à inexistência de previsão legal que, de forma objetiva, distinga a quantidade mínima do porte ou armazenamento de drogas ilícitas para fins de configuração do tráfico de drogas.

Nessa senda, por intermédio de um mecanismo processual legítimo, a Suprema Corte Constitucional Brasileira foi instada a se manifestar sobre uma omissão legislativa na Lei 11.343/2006, bem como sobre a possibilidade de não ser mais adequada ao texto constitucional o tipo penal do tráfico de drogas no tocante à *cannabis sativa*, popularmente conhecida como maconha, haja vista a evolução no entendimento da literatura médica especializada sobre a substância, não por acaso, resta legalizada em alguns países conforme descrito na introdução do presente capítulo.

Assim, discute o Supremo Tribunal Federal até a presente data acerca da hipótese de descriminalizar a referida substância, bem como para fixar parâmetros objetivos e vinculantes aos magistrados brasileiros no tocante à configuração do tráfico de drogas.

As conclusões da Corte quanto ao caso em comento possuem inúmeros reflexos de ordem prática, já que afeta as hipóteses de prisão em flagrante e reduzem o encarceramento pelo tipo penal do tráfico de drogas à medida que retiram dos julgadores a liberalidade de definir de acordo com as circunstâncias do caso se haveria ou não a configuração do tráfico, o que é sempre criticado pela doutrina garantista que afirma ser essa uma hipótese que afeta sobremaneira a parte marginalizada da sociedade.

Todavia, o Congresso Nacional Brasileiro, em oposição ao entendimento prevacente na Corte, de que deveria ser fixado uma quantidade mínima de drogas para fins de configuração do crime de tráfico, já aprovou em uma de suas casas por dois turnos a Proposta de Emenda Constitucional 45 do ano de 2023 que impossibilita a fixação da tese até então dominante no STF, de modo a radicalizar a persecução penal ao tráfico de drogas.

Nessa toada, vislumbra-se um aprofundamento do encarceramento massificado de traficantes portadores de pequenas quantidades de substâncias ilícitas, já que passaria a inexistir quantidade mínima após a promulgação da referida emenda à constituição, o que se caracteriza, pois, como uma política de prevenção terciária ao crime, neoretribucionista e reacionária a uma medida jurídica que se mostra adequada ao atual contexto de omissão legislativa e de insegurança jurídica nas prisões por tráfico.

Dessa forma, a referida Proposta De Emenda à Constituição apenas tende a contribuir com a criminalidade violenta organizada por meio da alimentação dos presídios brasileiros e, por consequência, das organizações criminosas que atuam a nível nacional.

Além disso, contribui também com o fortalecimento do caos já instaurado no sistema carcerário brasileiro que, recentemente, foi declarado pela Suprema Corte como inconstitucional, por violar os direitos humanos e as garantias legalmente previstas daqueles que se encontram encarcerados, notadamente em virtude do superencarceramento e das condições desumanas existentes, contemporaneamente, nos cárceres brasileiros.

REFERÊNCIAS

Agência Senado. **Senado aprova PEC sobre drogas, que segue para a Câmara.** 2024. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2024/04/16/senado-aprova-pec-sobre-drogas-que-segue-para-a-camara>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL, Agência. **PEC das Drogas é inconstitucional e deve agravar cenário de violência:** especialistas defendem descriminalização e regulamentação. Especialistas defendem descriminalização e regulamentação. 2024. Camila Boehm. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2024-04/pec-das-drogas-e-inconstitucional-e-deve-agravar-cenario-de-violencia>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. **Proposta de emenda à Constituição nº 45/2023.** Altera o art. 5º da Constituição Federal, para prever como mandado de criminalização a posse e o porte de entorpecentes e drogas afins sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar... Brasília, DF, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/160011>. Acesso em: 25 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635659.** Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 02 de agosto de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 25 abr. 2024.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Direitos Fundamentais como limites ao Dever-Poder de Punir do Estado:** um novo paradigma na execução penal brasileira. 2016. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas, PPGD/UFRN - ESMARN, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

FREITAS, Beatriz Amâncio de Paiva et al. O processamento e o julgamento dos delitos de tráfico de drogas: análise a partir dos apenados do estado do rio grande do norte. In: SILVA JUNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (org.). **Drogas e Punitivismo:** superlotação carcerária, aumento da criminalidade e fomento das organizações criminosas. Natal: Owl, 2024. p. 75-96.

G1. PEC inclui criminalização de porte de drogas na Constituição, mas não muda punições. 2024. Elaborado por Por Kevin Lima. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/04/17/pec-inclui-criminalizacao-de-porte-de-drogas-na-constituicao-mas-nao-muda-punicoes-entenda.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2024.

HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas.** 4. ed. Natal: OWL, 2019.

MATHIAS, João Carlos Sproesser. A Polícia Militar e as políticas públicas municipais na prevenção criminal. **Revista do Laboratório de Estudos da Violência da Unesp-Marília**, Marília, v. 5, n. 5, p. 24-36, out. 2010.

Penteado Filho, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 346 p.

Poder 360. **Mendonça vota contra descriminalização do porte de drogas**. 2024. Elaborado por Natália Veloso. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/mendonca-vota-contra-descriminalizacao-do-porte-de-drogas/#:~:text=O%20ministro%20Andr%C3%A9%20Mendon%C3%A7a%2C%20do,de%20maconha%20para%20uso%20pessoal>. Acesso em: 24 abr. 2024.

RODRIGUES, Lucas. **Prevenção Criminal**: prevenção primária, secundária e terciária. Prevenção Primária, Secundária e Terciária. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/prevencao-criminal/1833557194>. Acesso em: 14 dez. 2023.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico**: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento. 2019. 526 f. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

SUASSUNA SEGUNDO, Francisco Solano de Freitas Suassuna. A aplicação do princípio da insignificância pelo Supremo Tribunal Federal à luz do funcionalismo penal. **Avant**, [S. L.], v. 7, n. 2, p. 144-160, 22 fev. 2024. Semestral. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/7318>. Acesso em: 24 abr. 2024.

SUASSUNA SEGUNDO, Francisco Solano de Freitas. Segregação e encarceramento negro: uma análise crítico-jurídica do documentário 13º emenda. **Avant**, [S. L.], v. 7, n. 2, p. 73-80, 22 fev. 2024. Semestral. Disponível em: <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/avant/article/view/7336>. Acesso em: 24 abr. 2024.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da et al. Política criminal referente às substâncias entorpecentes de acordo com a doutrina da redução de danos: perseguição criminal com foco nas organizações criminosas e na eliminação do lucro com o tráfico. In: SILVA JUNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (org.). **Drogas e Punitivismo**: superlotação carcerária, aumento da criminalidade e fomento das organizações criminosas. Natal: Owl, 2024. p. 115-168.

UCHÔA, Romildson Faria Uchôa. Seletividade de alvos na Perseguição Criminal pelo uso da Ciência de Redes e o Direito Penal do Inimigo. In **VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. CONPEDI. 2023a, Florianópolis/SC. Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, 2023. p. 110–131.

8

DOI: 10.5281/zenodo.13172110

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

LEITE, Luiz Cláudio da Silva. A autonomia do crime de lavagem de capitais em relação à infração antecedente e a necessidade de revisitar os limites jurisprudenciais. **Revista Insigne de Humanidades**, Natal, v. 1, n. 2, p. 134-147. maio/ago. 2024.

Recebido em: 05/08/2024
Aprovado em: 22/08/2024

A Autonomia do Crime de Lavagem de Capitais em Relação à Infração Antecedente e a Necessidade de Revisitar os Limites Jurisprudenciais

The Autonomy of the Crime of Money Laundering in Relation to the Underlying Offense and the Need to Revisit Jurisprudential Limits

Luiz Cláudio da Silva Leite¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0815307979621743>.

 E-mail: claudioleitesp@gmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 ASPECTOS GERAIS DO DOLO. 3 DO DOLO DIRETO. 4 DO DOLO EVENTUAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

¹ Advogado. Graduado em Direito pela UFRN. Coordenador Adjunto do IBCcrim/RN. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0815307979621743>. E-mail: claudioleitesp@gmail.com.

RESUMO:

O estudo aborda a autonomia do crime de lavagem de capitais em relação à infração antecedente, destacando a necessidade de revisitar os limites jurisprudenciais atuais. A análise foca na importância de demonstrar a existência de uma infração antecedente como condição essencial para a caracterização do crime de lavagem de dinheiro, conforme previsto na legislação brasileira. O trabalho explora como a falta de uma definição clara e consistente nos tribunais tem levado à banalização do delito, resultando em insegurança jurídica. A pesquisa também examina a influência da política criminal internacional na tipificação do crime de lavagem de capitais e discute a necessidade de um equilíbrio entre a punição eficaz de crimes financeiros e a proteção dos direitos individuais. Conclui-se que a reavaliação dos limites jurisprudenciais é crucial para assegurar a coerência e a justiça no tratamento dos casos de lavagem de dinheiro.

Palavras-chave:

Lavagem de capitais. Infração antecedente. Autonomia do crime. Jurisprudência. Política criminal.

ABSTRACT:

The study addresses the autonomy of the crime of money laundering concerning the underlying offense, highlighting the need to revisit current jurisprudential limits. The analysis focuses on the importance of demonstrating the existence of an underlying offense as an essential condition for characterizing the crime of money laundering, as stipulated in Brazilian legislation. The work explores how the lack of a clear and consistent definition in courts has led to the trivialization of the offense, resulting in legal uncertainty. The research also examines the influence of international criminal policy on the typification of the crime of money laundering and discusses the need for a balance between effective punishment of financial crimes and the protection of individual rights. It concludes that reevaluating jurisprudential limits is crucial to ensure coherence and justice in handling money laundering cases.

Keywords:

Money laundering. Underlying offense. Crime autonomy. Jurisprudence. Criminal policy.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo ressaltar a importância da infração antecedente enquanto condição essencial do crime de lavagem de capitais, analisando como hipótese investigativa a possibilidade de que a definição do tipo penal de lavagem de dinheiro enquanto infração autônoma esteja sendo utilizada equivocadamente para relativizar a necessidade de demonstração do crime antecedente.

Nesses termos, inicialmente se analisa o cenário político internacional que possibilitou o desenvolvimento dos mecanismos de combate à lavagem de dinheiro e resultou na aprovação da legislação nacional. Ressalta-se, também, o cuidado necessário para que o desenvolvimento de instâncias de controle destinadas a impedir o financiamento de atividades ilícitas não resulte em um discurso político de emergência, avesso a coerência que se espera da dogmática penal.

A priori, como a própria análise da legislação evidencia, a imputação do crime de lavagem de dinheiro reclama a existência de um proveito econômico relacionado a uma infração antecedente ainda que de forma indireta, nos exatos termos previstos pelo legislador no artigo 1º da Lei n.º 9.613/1998.

Nesse sentido, em face da existência de indicativos que demonstram uma relativização jurisprudencial quanto a exigência de certeza da prática da infração antecedente, torna-se fundamental pontuar que as disposições processuais especiais previstas na lei de lavagem são demasiadamente claras ao ressaltar a necessidade de apresentação de indícios suficientes da prática de uma infração prévia, ainda que exista um desconhecimento momentâneo da autoria, eventual isenção da pena concedida ao autor ou até mesmo uma extinção da infração antecedente.

Aliás, é fundamental desde já pontuar que a aprovação da Lei n.º 12.683/2012 acrescentou o § 1º ao art. 2º da supracitada Lei n.º 9.613/1998, especificando que a denúncia deve ser instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente.

De todo modo, mesmo ciente que a relação entre o crime antecedente e a caracterização da lavagem de dinheiro figura como objeto clássico da crítica doutrinária, percebe-se que houve uma banalização dos delitos de lavagem de dinheiro provocada, dentre outros aspectos, pela extinção do rol taxativo anteriormente previsto e pelo sensacionalismo que geralmente acompanha a imputação de tais acusações, vinculação essa que enfrenta dificuldades em face à tendência de relativização de exigências legais, ocasionando uma maior insegurança jurídica.

Dessa forma, mesmo que se compreenda a importância de aprofundar os instrumentos de controle e o desenvolver o combate à lavagem de dinheiro, não é possível permitir que a autonomia existente entre o crime antecedente e o tipo de lavagem propagada por parcela da jurisprudência seja equiparada a uma independência absoluta e desmedida, especialmente sensível em face ao histórico secular de abuso do poder punitivo, relativizando ainda mais a necessidade de regulação democrática dos organismos estatais de controle.

2 A TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM DE CAPITALS EM MEIO A INFLUÊNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL INTERNACIONAL

Ao analisar a legislação que tipifica a lavagem de dinheiro no Brasil, percebe-se de forma clara a pressão exercida por parte de um movimento político internacional com o intuito de coibir o terrorismo e combater a comercialização ilegal de drogas, classificada como a atividade ilegal mais lucrativa segundo estimativas realizadas pelo *Global Financial Integrity* (GFI) a partir de relatórios do Escritório da ONU contra Drogas e Crimes (Tavares; Martins, 2020).

Mesmo que se compreenda a importância desse movimento, desconsiderando momentaneamente às críticas ao fracasso do proibicionismo (Valois, 2019) enquanto política criminal de combate às drogas e a instrumentalização do combate ao terrorismo para defesa de interesses geopolíticos hegemônicos (Suarez, 2012), o fato é que a sensibilidade do tema resultou na criação de um discurso político de emergência que tem desconsiderado os próprios limites dogmáticos do tipo penal a partir da década de 1980.

Em meio a esse contexto, tem-se a elaboração de convenções internacionais e o desenvolvimento de cooperações diplomáticas com o intuito de aperfeiçoar o combate à lavagem de capitais mais intensamente a partir do ano de 1984 (Anselmo, 2010).

Ao revisitar esse cenário normativo, percebe-se que a aprovação das Resoluções n.º 39/141 e 39/142 por parte da Assembleia Geral das Nações Unidas adquiriu uma extrema relevância ao estabelecer diretrizes fundamentais oriundas da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, também conhecida como Convenção de Viena de 1988.

Tanto é que a Convenção de Viena de 1988 vai se apresentar como uma “*convenção mãe*” em virtude da centralidade para o tema (Ambos, 2007), estabelecendo os objetivos de uma espécie de protótipo de Direito Penal Internacional que, desde sempre, compartilhava do já conhecido desejo de extensão da tutela penal para além dos limites impostos inicialmente pelo tráfico de drogas.

Posteriormente, com a Convenção de Palermo, aprovada em novembro de 2000, tem-se uma extensão da lavagem de capitais e a incorporação de outros tipos penais antecedentes por meio de uma ampliação do objeto material do delito (Gomes, 2008). Por sua vez, a realização da Convenção de Meridá, em dezembro de 2003, propagandeou ainda mais as hipóteses de incidência da lavagem de dinheiro.

Ainda que as tratativas internacionais não se limitem apenas às supracitadas convenções, elas são marcos normativos importantes no sentido de representar o desenvolvimento da discussão e a sensibilidade do tema. Posteriormente, percebe-se que essa temática adquiriu ainda maior relevo perante a agenda interna dos Estados Nacionais por meio da atuação do Escritório das Nações Unidas para Combate do Crime – UNODOC; do estabelecimento do plano de ação global contra a lavagem de dinheiro em 1988; da instituição de uma rede internacional de informação para prestar assistência técnica a especialistas

(IMOLIN); da elaboração de legislações, normas e diversos materiais de pesquisa pelo grupo de ação financeira para a lavagem de dinheiro (GAFI/FATF); das atividades desempenhadas pela OCDE; do Comitê de Supervisão Bancária de Basileia; do Grupo *Egmont*; da Organização Internacional de Polícia Criminal (INTERPOL); e do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Mesmo que se compreenda a importância de aperfeiçoar o combate à lavagem de capitais, não se pode desconsiderar que a existência de uma forte pressão internacional para o desenvolvimento do combate interno resultou em uma certa internacionalização do direito penal de forma dissociada e até mesmo contraditória à coerência que se espera da dogmática penal. Além dessas questões, persiste também uma certa sacralização da corrupção enquanto um grande inimigo público, ignorando a possibilidade de utilização do direito como instrumento bélico destinado a atingir eventuais adversários políticos (Gomes, 2008) e a influência dos interesses geopolíticos hegemônicos. Ao fim, há, como resultado, um silêncio cômodo no tocante às assimetrias econômicas que resultam em uma desigualdade social abissal.

Ainda assim, muito embora sejam admitidas a existência de limitações inerentes a esta pesquisa, torna-se fundamental ressaltar a gravidade inerente a imputação do tipo de lavagem de capitais e a necessidade de estabelecer premissas técnicas mais precisas, de sorte que a sensibilidade do tema não deve resultar em uma vulgarização de delito tão complexo.

Neste ínterim é que se afirma que a extinção do rol taxativo de crimes de lavagem, a criação de obrigações para particulares que exercem atividades comerciais identificadas como sensíveis e o desenvolvimento dos programas internos de conformidade têm ensejado encargos financeiros que podem onerar demasiadamente as empresas, ao ponto de, inclusive, inviabilizar o exercício da atividade econômica (Bottini, 2023).

O fato é que qualquer análise sobre a lavagem de dinheiro excede os limites convencionais da dogmática penal e se apresenta como um tema poliédrico, já que possui diversos vértices, possibilitando várias abordagens. No entanto, frise-se que a análise ora empreendida se circunscreve na análise específica da hipótese de que a jurisprudência esteja relativizando indevidamente as exigências dogmáticas para caracterização da lavagem de capitais, isso a partir da utilização equivocada do fundamento que o tipo penal previsto na Lei n.º 9.613/1998 se trata de um delito autônomo.

Afinal, a utilização de premissas como que *“para a caracterização da lavagem de dinheiro, basta a comprovação de que os bens, direitos ou valores nela envolvidos sejam provenientes de uma infração penal prévia, pouco importando se foram ou não praticados pelos mesmos agentes”* (Toldo, 2021, p.269) ou que *“a lavagem de dinheiro constitui crime acessório e derivado, mas autônomo em relação ao crime antecedente, não constituindo post factum impunível, nem dependendo da comprovação da participação do agente no crime antecedente para restar caracterizado”* (Resp nº 1.342.710/PR, 20140) são especialmente temerárias na medida em que representam um convite a utilização do livre convencimento, com todos os problemas que lhe são inerentes (Streck, 2015).

3 DA RELEVÂNCIA DA INFRAÇÃO ANTECEDENTE

Ao analisar os parâmetros normativos que disciplinam o combate à lavagem de dinheiro, percebe-se uma sucessão de leis com o intuito de aperfeiçoar o instituto, aspecto este que se faz evidente no momento em que se considera que a aprovação da Lei n.º 9.613/1998² foi logo seguida pela Lei n.º 10.701/2003³, alterando a redação originária após 05 (cinco) anos, e, por sua vez, foi sucedida pela aprovação da Lei n.º 12.683/2012⁴, aproximadamente 09 (nove) depois.

Ainda que a sucessão de diplomas legislativos se justifique pelo intuito de possibilitar o desenvolvimento do instituto e ofertar uma maior segurança jurídica, não se pode desconsiderar que a aprovação de novas normativas dificultou a pacificação da jurisprudência. Com isso, postergou-se a definição das teses que seriam fundamentais para o estabelecimento das premissas interpretativas aplicáveis ao tipo penal.

Consequentemente, diante do aumento da financeirização das atividades cotidianas, sejam elas particulares ou empresariais, lícitas ou ilícitas, conjugada à adoção de políticas institucionais mais enérgicas direcionadas ao controle das verbas públicas por meio da concessão de uma maior autonomia aos órgãos de controle externo, houve também um aumento das imputações de lavagem de dinheiro.

Nessa conjuntura, os tribunais foram cada vez mais convidados a enfrentar com maior frequência o tema da lavagem de capitais em virtude da popularização das operações de “combate” a corrupção e pela própria expansão da tutela supostamente ofertada pelo direito penal clássico, objetivando salvaguardar bens jurídicos coletivos e transindividuais.

Em todo caso, vislumbra-se que as balizas interpretativas necessárias para o enfrentamento da lavagem de dinheiro foram firmadas especialmente pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Ação Penal n.º 470, popularmente conhecida como “mensalão”.

Como bem pontua Eduardo Saad-Diniz, os julgamentos decorrentes desta Ação Penal foram permeados por uma grande pressão popular que questionava a o sentimento coletivo de insegurança, certas vezes até mesmo dissociado da realidade, fomentando soluções que se distanciaram em maior ou menor medida da racionalidade esperada, contribuindo para a propagação dos programas internos de conformidade (Saad-Diniz, 2013).

Em síntese, as teses estabelecidas pelo STF no julgamento da Ação Penal n.º 470 orbitam ao redor de 03 (três) aspectos (Bottini, 2013): a) a possibilidade de configuração da autolavagem; b) a prescindibilidade de atos complexos para caracterização da dissimulação

² Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.

³ Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Coaf, e dá outras providências.

⁴ Altera a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro

enquanto elemento implícito do tipo penal; e c) os requisitos para o concurso entre a lavagem de dinheiro e a corrupção passiva.

É válido mencionar que a autolavagem (*selfaudering*) envolve a possibilidade de que o agente seja condenado de forma simultânea pelo crime antecedente e pela prática da lavagem de capitais, questão especialmente controversa internacionalmente e que se fundamentou apenas em uma interpretação da escolha legislativa em meio ao silêncio legislativo. Nesses termos, contraria-se os modelos nos quais tal prática foi vedada, como no ordenamento italiano, ou admitida de forma expressa, como na Espanha e em Portugal.

Por sua vez, destaque-se que a prescindibilidade de atos complexos para a configuração da dissimulação se evidencia pelo posicionamento do então ministro Sepúlveda Pertence, o qual ressaltou a indiferença prática de um escamoteamento elaborado ou de uma ocultação simplória para fins penais. Para o ministro, o simples ato de ocultar a origem dos bens de forma objetiva com o intuito de reinseri-los na economia formal, sob um manto de legalidade, é suficiente para a caracterização do tipo exigido pelo legislador.

Por fim, a última premissa referida se relaciona a possibilidade de caracterização de concurso de crimes apenas entre a lavagem de dinheiro e a corrupção passiva quando se trata do recebimento de vantagem indevida, já que a mera solicitação se mostra incapaz de configurar um acréscimo patrimonial por si só. Entretanto, note-se que para se caracterizar o concurso de crimes é necessário que o caso concreto demonstre um ato de ocultação destinado finalisticamente a reinserção do bem ou valor em meio à economia formal, de forma que o mero uso de interpostas pessoas não é suficiente para caracterização simultânea da corrupção passiva e da lavagem de capitais.

Posteriormente, tem-se, ainda, um importante precedente durante o julgamento do Habeas Corpus n.º 165.036/PR, à medida que houve a inclusão da autonomia de desígnios como um elemento necessário para a caracterização concomitante do crime de corrupção passiva e da lavagem de dinheiro (Gorges, 2023). Assim, observa-se que o referido julgado refinou ainda mais a caracterização do concurso de crimes.

Inobstante se reconheça que os mencionados julgados sejam significativos e denotem um certo amadurecimento quanto ao enfrentamento da temática, o fato é que a perpetuação dos mesmos problemas que assolam a prática forense criminal cotidiana também prejudica o estabelecimento de uma jurisprudência sólida quanto ao enfrentamento da lavagem de dinheiro.

Com isso, ao analisar a forma como parcela da jurisprudência se posiciona ao apreciar as hipóteses que versam sobre lavagem de dinheiro, identifica-se a utilização de brocardos jurídicos como verdadeiros dogmas. Prática essa que faz com que os magistrados, muitas vezes, se furtem inclusive do dever de enfrentar todos os argumentos aduzidos no processo, limitando-se a prolação de uma decisão genérica.

Como exemplo clássico, percebe-se que a referência à independência das instâncias como dogma absoluto para restringir a comunicabilidade entre a instância administrativa e a criminal, quase sempre serve para fundamentar a expansão do poder punitivo em detrimento

do reconhecimento ao respeito das garantias fundamentais. Logo, percebe-se que, embora as alterações da lei de improbidade tenham provocado uma maior comunicabilidade entre as searas em atenção as críticas doutrinárias (Machado, 2019), ainda persiste uma certa restrição por parte dos julgadores em respeitar a vontade legislativa.

Afinal, quando se trata da lavagem de capitais, a comunicabilidade é expressa em lei e se torna até mesmo uma consequência natural, já que se trata de uma premissa lógica. Afinal, tem-se uma prejudicialidade que desenvolve uma relação de subordinação direta entre a imputação do crime de lavagem e a incidência do crime antecedente (Pitombo, 2009).

Como bem pontua Gustavo Badaró, o enfrentamento de uma questão prejudicial constitui uma etapa lógica fundamental que o juízo deve analisar de forma prévia, condicionando a decisão prejudicada, ainda que inexista qualquer obrigatoriedade quanto a suspensão do processo em decorrência da necessidade de observação dos artigos 92 e 93 do Código de Processo Penal (CPP) de forma taxativa (Badaró; Bottini, 2012).

Assim, em decorrência das peculiaridades do processo penal, deve-se excetuar o posicionamento influenciado pelo processo civil (Grinover, 1978) e estender os efeitos da coisa julgada quando há uma absolvição da infração antecedente por: a) inexistência material do fato; b) atipicidade da conduta; ou c) licitude da conduta (Badaró; Bottini, 2012).

Até porque, ainda que se considere os posicionamentos contrários (Sanctis, 2021), não se pode relativizar a necessidade de assegurar a coerência do ordenamento jurídico, bem como a clara prejudicialidade existente entre a configuração do tipo de lavagem de capitais e a infração antecedente.

Justamente em razão de tal necessidade é que se apresenta uma concepção doutrinária (Brasileiro, 2014) que reclama a presença de uma justa causa duplicada para o oferecimento de uma denúncia que envolva o tipo penal de lavagem de capitais. Para o autor, faz-se necessário demonstrar tanto o lastro probatório relacionado à ocultação de bens, direitos ou valores necessários para a imputação da lavagem de capitais, quanto elementos probatórios, ainda que indiciários, capazes de evidenciar a probabilidade da caracterização de uma infração antecedente.

Noutro lado, ainda se verifica em parcela da doutrina a compreensão de que a referência à existência do delito antecedente pode ser justificada de forma argumentativa com as referências ao livre convencimento motivado do magistrado, fundamentando até mesmo a incidência do tipo de lavagem de forma dissociada do delito antecedente – fomentando verdadeira perplexidade. Felizmente, com o desenvolvimento de estudos dogmáticos, essa hipótese tem sido rechaçada por análises técnicas mais aprofundadas, conforme será apresentado posteriormente.

4 DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Levando em consideração tudo quanto exposto, percebe-se que uma das hipóteses mais ilustrativas que possibilitam evidenciar a condição de prejudicialidade que a infração antecedente possui no tocante à incidência do tipo de lavagem de capitais ocorre quando se analisa situações nas quais o proveito econômico referido se caracteriza em decorrência de um delito tributário.

A bem da verdade, não se nega a divergência doutrinária existente quanto à possibilidade de caracterização da lavagem de capitais quando se tem um crime tributário enquanto infração penal antecedente (Tumbiolo, 2016), em que ainda que minoritariamente, propaga-se o posicionamento de que os valores sonegados não se relacionam necessariamente com uma conduta criminosa, vez que podem se apresentar como uma simples consequência do exercício de uma atividade econômica lícita.

Em sentido contrário, o presente artigo assiste razão ao posicionamento majoritário, o qual afirma que os crimes fiscais são aptos a configurar o crime antecedente, haja vista o efetivo acréscimo patrimonial ilícito, bem como pela disponibilização de valores que poderiam ser exigidos por parte do estado.

Observe-se que a relevância de trazer à tona a assertividade deste posicionamento se revela diante da tendência de criminalização do mero inadimplemento tributário, por sua vez, evidenciada pela problemática tese firmada pelo STF no julgamento do RHC n.º 163.334. Neste julgado, denota-se que há fomento da insegurança jurídica ao propiciar a tipificação de uma conduta de forma abstrata, ratificando a utilização do direito penal como um instrumento coercitivo.

Nesse sentido, em que pese a instituição do Acordo de Não Persecução Penal previsto no artigo 28-A do CPP possa ser aplicado a maioria das hipóteses de crimes fiscais, não se pode desconsiderar que os delitos tributários são extremamente temerosos, na medida em que possibilitam que o acusador imponha discricionariamente uma pluralidade de acusações em procedimento classificado como *overchargin* (Husak, 2013).

Em meio a essas incertezas, verifica-se que a ausência de constituição definitiva da dívida tributária ou eventual desconstituição da certidão da dívida ativa resulta em uma atipicidade evidente. Afinal, a caracterização do tipo penal antecedente figura como uma condição essencial sem a qual o delito de lavagem de capitais não pode se caracterizar (Borges, 2021):

A tipicidade objetiva do delito de lavagem de capitais depende da existência de delito antecedente – que deve se apresentar como fato típico e antijurídico (teoria da acessoriedade limitada do delito de lavagem de capitais). Partindo da premissa de que o marco consumativo do crime de sonegação fiscal é a constituição definitiva do crédito tributário, será atípica a ocultação ou dissimulação, antes mesmo do trânsito em julgado administrativo, dos valores omitidos a

fiscalização tributária, porque, nesse caso, é inexistente a infração penal antecedente (Borges, 2021, p. 183).

No mesmo sentido, (Bonfim, 2017) evidencia a impropriedade da criminalização de atos de ocultação referentes a lavagem de capitais sem a constituição definitiva do crédito tributário:

[...] enquanto não houver a constituição definitiva do crédito na via administrativa, nenhum ato de ocultação/dissimulação da origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade do montante equivalente ao da parcela sonogada já significará lavagem de dinheiro, dado que ainda não se poderá dizer que tal parcela seja decorrente de infração penal tributária, pois esta simplesmente não se consumou (Bonfim, 2017, p. 231).

E é por isso que se reclama a existência da constituição do crédito tributário não só enquanto uma condição necessária para a propositura de uma denúncia, mas também para a realização de qualquer ato investigativo, na medida em que o exaurimento da via administrativa resulta em uma condição de tipicidade.

Felizmente, percebe-se que a jurisprudência tem demonstrado sensibilidade a tal tese, determinado o trancamento de ações penais ao analisar o Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 73.599/SC, conforme se pode constatar:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. CRIME PREVISTO NO ART. 1º, INCISO V, DA LEI 8.137/1990 COMO DELITO ANTECEDENTE. TRANCAMENTO DAS AÇÕES PENAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO-FISCAL. DENÚNCIAS QUE NARRAM A OCORRÊNCIA DE CRIME MATERIAL. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE N. 24 DO STF. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. RECURSO PROVIDO.

1. Embora tenham duas das denúncias tipificado a conduta criminosa antecedente no art. 1º, inciso V, da Lei nº 8.137/90, a descrição fática claramente imputa não somente o formal descumprimento do correto registro de venda mas a efetiva sonegação tributária, crime material a exigir na materialidade a constituição definitiva do tributo - Súmula Vinculante nº 24 do STF.

2. Embora independa a persecução pelo crime de lavagem de valores do processo e julgamento pelo crime antecedente, na forma do art. 2º, II, da Lei nº 9613/1998, exigido é que a denúncia seja instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente (art. 2º, § 1º, da Lei nº 9613/1998, com redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012).

3. Na espécie sequer se discute a falta de prova do crime antecedente, mas, ao contrário, certa é a inexistência do crime, pois indispensável à configuração do delito de sonegação tributária é a prévia constituição definitiva do tributo.

4. Sem crime antecedente, resta configurado o constrangimento ilegal na persecução criminal por lavagem de dinheiro.
5. Recurso em habeas corpus provido para determinar o trancamento das ações penais, sem prejuízo do oferecimento de novas denúncias, desde que demonstrada a materialidade delitiva do delito antecedente.

Note-se que não se trata nem mesmo de uma situação na qual o paciente alega a inexistência de prova do crime antecedente, inépcia da denúncia provocada pela ausência de uma descrição efetiva da infração antecedente ou dos atos que subsidiariam a imputação de lavagem de capitais, mas sim de um caso no qual restou demonstrado que não há crime, já que a constituição dos delitos tributários reclama a prévia constituição do tributo.

No entanto, tão importante quanto a própria sensibilidade do Superior Tribunal de Justiça ao analisar o caso com cautela e atualizar o próprio entendimento, é perceber que o julgado referido também é representativo, uma vez que consiste em mais um importante precedente obtido por meio de um recurso ordinário em habeas corpus.

Afinal, em um cenário no qual os tribunais impõem restrições cada vez mais severas ao conhecimento de habeas corpus e se propaga o hábito de criticar a quantidade de ordens distribuídas diariamente sem questionar as causas que originam números tão expressivos, torna-se possível reafirmar a importância desse instrumento secular como uma resposta direta às ilegalidades e abusos estatais.

Neste diapasão, além da própria importância inerente ao desenvolvimento da dogmática, destaca-se também a necessidade de refletir criticamente sobre esse discurso que criminaliza a interposição de recursos, direcionando os questionamentos aos motivos que ocasionam a interposição de tantos habeas corpus, ainda que isso reclame uma crítica à atuação de todos os atores jurídicos processuais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar a construção dogmática do tipo de lavagem de capitais e a sua aplicação jurisprudencial no Brasil, constata-se de forma clara alguns aspectos, dentre os quais se notabiliza a influência internacional exercida por diversos atores geopolíticos em meio ao processo de tipificação da conduta e elaboração de normativas e diretrizes procedimentais que são atualizadas constantemente.

Muito possivelmente devido à relação histórica que a lavagem de dinheiro possui com a incorporação dos valores obtidos de forma ilícita pela comercialização ilegal das drogas, percebe-se que o processo de tipificação da lavagem de capitais apresenta uma certa semelhança com a atuação dos organismos internacionais em meio ao combate aos entorpecentes. Consequentemente, em que pese a criminalização da lavagem de capitais seja absolutamente justificável, torna-se a necessário refletir sobre as pressões geopolíticas

exercidas pelos mecanismos internacionais com o intuito de assegurar a coerência do ordenamento jurídico interno e a independência das políticas criminais nacionais.

Até porque foi em razão da existência de recomendações internacionais que alterações legislativas importantes ocorreram, como a extinção do rol de crimes antecedentes, o que propiciou que a lavagem de capitais pudesse ser imposta a toda e qualquer infração antecedente. Muito embora esse não tenha sido o objeto do artigo e a própria limitação da pesquisa não tenha enfrentado diretamente tal aspecto, tem-se até mesmo uma certa dificuldade em compreender qual o fundamento recepcionado para suprimir o rol de infrações que existia anteriormente, especialmente porque já se identifica uma tendência de relativização das diretrizes expedidas pelo GAFI para instituições privadas e particulares, no qual a adoção de práticas de *compliance* resultam em custos dispendiosos que podem inviabilizar a atividade empresarial e prejudicar a economia.

Em todo caso, ciente da lição secular que preceitua que o direito penal deve ser utilizado de forma excepcional, figura até mesmo como uma irracionalidade propagar a lavagem de dinheiro de uma forma desmedida, ignorando os seus próprios limites dogmáticos e jurisprudenciais. Embora a sua instrumentalização possa ser tentadora para os órgãos persecutórios, especialmente em face a possibilidade de exasperar a pena abstrata imputada aos acusados e denotar uma maior gravidade dos fatos em juízo e perante a mídia, nota-se que houve um amadurecimento efetivo da jurisprudência, possibilitando o desenvolvimento de limites muito bem definidos para o que pode ou não ser classificado como lavagem de capitais.

Como exposto ao longo do artigo, a apresentação da infração antecedente é uma etapa até mesmo lógica sem a qual não se pode cogitar a existência de uma imputação em virtude da prática de lavagem de dinheiro. Nesse sentido, conquanto se encontre casos nos quais referências argumentativas a situações que poderiam configurar infrações antecedentes foram consideradas como suficientes para subsidiar a imputação de lavagem de dinheiro, nota-se que tais hipóteses não satisfazem a exigência legal e podem fundamentar a interposição dos recursos cabíveis. Tanto é que tais fragilidades costumam buscar amparo no livre convencimento motivado, fundamento este que figura como objeto clássico da crítica especializada em meio a sua utilização frequente para atender de forma cômoda o decisionismo judicial.

De toda forma, a caracterização do tipo penal antecedente é uma condição essencial sem a qual o tipo de lavagem de capitais não pode se caracterizar. Ora, se não há um proveito econômico relacionado direta ou indiretamente a prática de uma infração penal, não há lavagem de capitais. A própria terminologia utilizada ressalta tal contrassenso, na medida em que se percebe que não há racionalidade no processo de submeter à lavagem algo que não estava sujo, a não ser por um mero diletantismo ou *hobbie* injustificado, denotando a irrelevância de tal conduta.

De mais a mais, como os crimes tributários possuem uma dinâmica própria, verifica-se que a constituição definitiva do crédito tributário se apresenta como uma condição imprescindível para a propositura de uma denúncia ou até mesmo para a realização de qualquer ato investigativo que possua como objetivo investigar a existência de lavagem de dinheiro.

Positivamente, é possível notar que o tempo e o trabalho hercúleo desenvolvido pela doutrina possibilitaram um amadurecimento do tema, culminando com o estabelecimento de premissas jurisprudenciais mais sólidas capazes de viabilizar uma maior segurança jurídica. No entanto, ao mesmo tempo, a manutenção de políticas excessivas por parte dos programas de conformidade resulta em uma sobrecarga do sistema de enfrentamento à lavagem de capitais, inviabilizando os instrumentos de controle e possibilitando uma banalização das imputações

Dessa forma, inobstante se reconheça a dificuldade em fazer prognósticos, reconhecendo a natureza especulativa inerente à tal prática, pondera-se que os próximos capítulos do combate à lavagem de dinheiro no Brasil provavelmente se relacionem com a tentativa de buscar o equilíbrio esperado entre o enfrentamento a criminalidade e o respeito à segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal – parte geral 1**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 17 janeiro 2023.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Forense, 1958.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal – parte geral**. Niterói: Impetus, 2017. v. 1.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. v. 1.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 6. ed. Curitiba, PR: ICPC Cursos e Edições, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**. Tomo I. 2. ed. Madrid: Civitas, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. 10. ed. Madrid: Reus, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal: parte general**. 10. ed. Valencia: **Tirant lo Blanch**, 2006.

9

DOI: 10.5281/zenodo.13172168

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

GOMES, Thays Moreira; GARCIA, Felipe Rodrigues Garcia. Ponderações sobre a inconstitucionalidade da legitimação fundiária na aplicação da REURB. *Revista Insigne de Humanidades*, Natal, v. 1, n. 2, p. 148-172, maio/ago. 2024.

Recebido em: 16/08/2024
Aprovado em: 27/08/2024

Ponderações sobre a Inconstitucionalidade da Legitimação Fundiária na Aplicação da REURB

Considerations on the Unconstitutionality of Land Regularization in the Application of REURB

Thays Moreira Gomes¹

Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas

 Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5065341806861801>.

 E-mail: thaysmoreiragomes18@gmail.com.

Filipe Rodrigues Garcia²

Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7580122429341110>.

 E-mail: filipe.garcia@sete.fasa.edu.br.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 APLICABILIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DA MP 759/16. 3 LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO DA REURB. 3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA: RELAÇÃO. 3.2 NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA. 4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA. 4.1 ADI DO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. 4.2 ADI DO PARTIDO DOS TRABALHADORES. 4.3 ADI DO INSTITUTO DOS ARQUITETOS DO BRASIL. 4.4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5065341806861801>. E-mail: thaysmoreiragomes18@gmail.com

² Mestre em Direito Civil e Professor de Direito Civil da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7580122429341110>. E-mail: filipe.garcia@sete.fasa.edu.br.

RESUMO:

Este estudo analisa a constitucionalidade da legitimação fundiária no contexto da Regularização Fundiária Urbana (REURB) no Brasil, conforme estabelecido pela Lei Federal nº 13.465/17. A pesquisa investiga as implicações legais e sociais do instituto, que visa regularizar a posse de imóveis em áreas urbanas ocupadas irregularmente. A análise aborda a ausência de critérios temporais específicos para a posse, o tratamento de bens públicos e privados, e as críticas de inconstitucionalidade levantadas em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo Tribunal Federal. O trabalho também explora o papel da função social da propriedade e o direito à moradia na legitimação fundiária, destacando as tensões entre a necessidade de regularização e a proteção dos direitos de propriedade. Conclui-se que a legitimação fundiária, embora fundamental para assegurar a moradia de populações vulneráveis, necessita de uma reavaliação jurídica para alinhar-se aos princípios constitucionais, evitando a violação de direitos e assegurando um processo justo e equitativo de regularização.

Palavras-chave:

Legitimação fundiária. Regularização fundiária urbana. Inconstitucionalidade. Direito à moradia. Função social da propriedade.

ABSTRACT:

This study analyzes the constitutionality of land regularization in the context of Urban Land Regularization (REURB) in Brazil, as established by Federal Law No. 13.465/17. The research investigates the legal and social implications of the institute, which aims to regularize property ownership in irregularly occupied urban areas. The analysis addresses the absence of specific temporal criteria for possession, the treatment of public and private property, and the unconstitutionality issues raised in Direct Actions of Unconstitutionality (ADI) before the Supreme Federal Court. The study also explores the role of the social function of property and the right to housing in land regularization, highlighting the tensions between the need for regularization and the protection of property rights. It concludes that, although land regularization is essential to ensure housing for vulnerable populations, a legal reassessment is needed to align with constitutional principles, preventing rights violations and ensuring a fair and equitable regularization process.

Keywords:

Land regularization. Urban land regularization. Unconstitutionality. Right to housing. Social function of property.

1 INTRODUÇÃO

A Prefeitura Municipal de Sete Lagoas, em 17 de abril de 2023, entregou a diversos moradores dos bairros Esperança, Belo Vale, Itapuã e parte do bairro Cidade de Deus a titulação da posse do imóvel, convertida em propriedade por meio do programa de regularização fundiária urbana. Uma das beneficiárias aguardava ser favorecida com a propriedade do imóvel onde exercia a posse há 35 anos, e relata quão emocionada ficou por ter tido seu direito reconhecido por meio da lei.

Assim, percebe-se que a normativa, com o reconhecimento da propriedade à população que exerce a posse precária do bem, promove a garantia do direito à moradia, a função social da propriedade, à dignidade da pessoa humana e ao direito de propriedade. Isso porque a Regularização Fundiária Urbana (REURB) é um processo administrativo de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais, que visa incorporar núcleos urbanos informais, ao ordenamento territorial urbano, conferindo a titulação de seus ocupantes, Vale ressaltar que, é possível a conversão da propriedade em bens públicos e particulares, assegurando o direito à moradia, previsto no texto constitucional.

A REURB está prevista na Lei Federal nº 13.465/17, e trata-se de medidas ambientais, urbanísticas e jurídicas que buscam regulamentar núcleos urbanos informais, observado o direito constitucional de moradia, bem como em atenção ao princípio da função social da propriedade. Para aquisição da propriedade a partir deste programa, é necessário que o município tenha efetuado a demarcação urbanística do local, o qual deverá implementar infraestrutura necessária, disponibilizando equipamentos públicos e arcando com custos para tal finalidade.

O Poder Público é encarregado por classificar as modalidades da REURB, bem como processar, analisar e aprovar os projetos de regularização fundiária. Ademais, deve-se notificar o proprietário, o loteador, o incorporador, o confinante, o terceiro interessado ou aqueles que constem como proprietários do imóvel, conforme matrícula fornecida pelo Cartório de Registro de Imóveis competente.

Para que seja efetivado o registro junto ao Cartório de Imóveis, é necessário que sejam cumpridas as fases descritas no art. 28 da Lei nº 13.465/2017, iniciando-se pelo requerimento dos legitimados, após, analisar-se-á o requerimento, dando prazo de manifestação aos titulares dos direitos reais, bem como aos confrontantes. Ausente de manifestações contrárias ao requerimento, elabora-se o projeto de regularização fundiária, que será decidida pela autoridade competente, mediante ato formal, que se dará publicidade. Após publicação do ato, o município expedirá a Certidão de Regularização Fundiária (CRF), que será utilizada, junto ao projeto de regularização fundiária aprovado, para efetivar o registro do ato junto ao Cartório de Imóveis competente.

A legitimação fundiária é um dos instrumentos de implementação da regularização fundiária urbana, e pode ser utilizada no núcleo urbano informal consolidado, localizado em terreno de propriedade pública ou particular, sendo necessário estar presente

um dos requisitos para aquisição da legitimação fundiária, qual seja, ser os ocupantes do núcleo, população de baixa renda.

A REURB já foi correlacionada a usucapião diversas vezes, tendo vista, possuírem semelhanças no objetivo e forma e aquisição da propriedade. Ocorre que, o instituto da usucapião, proíbe que seja realizada em bens públicos, conforme art. 183 §3º da Constituição Federal de 1988, e por isso, muitas famílias com núcleos urbanos consolidados em situação irregular, ficam prejudicadas no que tange a possibilidade da perda do único local de habitação.

A legitimação fundiária é um marco dentro da regularização fundiária urbana, tendo em vista que, é o mecanismo de reconhecimento da aquisição do direito real de propriedade sobre determinado local, objeto de REURB, sendo que o Poder Público entrega o título, reconhecendo a propriedade do ocupante sobre determinada parcela do terreno. Esta, será conferida ao ocupante da unidade imobiliária que estiver na posse do imóvel.

Contudo, há uma discussão acerca da constitucionalidade da legitimação fundiária para aquisição da regularização fundiária urbana, tendo em vista que, conforme art. 23 da Lei Federal nº 13.465/17, não define o tempo em que o indivíduo deve estar na posse do núcleo urbano, para que seja conferida a titulação, bastando que ele seja integrante do núcleo urbano informal, existente em 22 de dezembro de 2016.

No que tange aos bens particulares, discute-se a existência de um vício de inconstitucionalidade na legitimação fundiária, pois, os titulares desses bens, podem sofrer confisco por ato do município, sem direito a indenização, desde que, o ente público considere que a ocupação já estava consolidada em 22 de dezembro de 2016, tratando-se de uma afronta ao direito de propriedade.

No tocante ao estabelecimento da legitimação fundiária para bens públicos, discute-se o vício de inconstitucionalidade, uma vez que, conforme entendimento de Carmona, Zago e Souza, os bens públicos são insuscetíveis de usucapião, ao passo que, a legitimação fundiária é permitida em área pública e particular, emergindo nesse ponto, o argumento de inconstitucionalidade da legitimação fundiária, nos aspectos material e formal da Lei Federal nº 13.465/17, através das ADI's nº 5.771, nº 5.787 e nº 5.883.

Por isso, a Lei Federal nº 13.465/17 foi alvo do surgimento de três ações de inconstitucionalidade, questionando a constitucionalidade material e formal da mesma, quais sejam ADI nº 5.771, nº 5.787 e nº 5.883. A partir desse contexto, levanta-se o seguinte problema de pesquisa: existe constitucionalidade acerca da legitimação fundiária, no tocante ao tempo de posse, dispensa de desafetação para bens públicos e confisco de bens particulares?

Desta feita, tem-se como objetivo principal de pesquisa, analisar a regularização fundiária urbana - (REURB) Lei nº 13.465, criada em 2017, – visando discorrer sobre a possibilidade da regulamentação da moradia para famílias em áreas públicas e sobre a constitucionalidade da lei, em face da legitimação fundiária, em especial no que tange o

tempo de posse, desafetação de bens públicos e confisco de bens particulares para aquisição da propriedade através desse instituto.

De modo específico, pretende-se analisar as ações declaratórias de inconstitucionalidade nº 5.771, nº 5.787 e nº 5.883 e compreender os fundamentos jurídicos que podem ser sustentados para o reconhecimento da constitucionalidade da legitimação fundiária para aquisição da regularização fundiária.

Acerca da metodologia da presente pesquisa, foi utilizado o método dedutivo. O trabalho tem como ponto de partida um plano mais abrangente, analisando as ações diretas de inconstitucionalidade, correlacionando à análise de artigos científicos, com o propósito de compreender a constitucionalidade da legitimação fundiária como forma de aquisição da regularização fundiária, realizando uma pesquisa qualitativa e bibliográfica. Para isso, far-se-á uma análise dos questionamentos comuns das ações declaratórias de inconstitucionalidade nº 5.771, nº 5.787 e nº 5.883, observando o texto constitucional, o Código Civil e demais normativas que possam embasar se os dilemas confrontam de fato, a norma constitucional.

A pesquisa qualitativa permite que tenha subjetividade dos participantes, permitindo apontar sua visão pessoal relativo ao tema abordado, utilizando também a pesquisa bibliográfica, para que possa conferir a fundamentação teórica necessária. No que tange aos artigos científicos, será dada atenção especial àqueles escritos por pesquisadores brasileiros, com objetivo de compreender o processo legitimação fundiária e regularização fundiária no país. Acerca da pesquisa jurisprudencial, a prioridade será dada aos julgados que discutem especificamente o tema, a partir de 2017, data em que se iniciou a primeira ação direta de inconstitucionalidade a ser discutida.

Tem-se por hipótese ao problema levantado, a possibilidade da aplicação da legitimação fundiária no tocante ao tempo de posse, dispensa de desafetação para bens públicos e confisco de bens particulares para aquisição da regularização fundiária urbana. Essa aplicação estaria associada a dar uma função social para a propriedade e a proteção do direito fundamental de moradia, previsto no texto constitucional. Pretende-se analisar ainda, se existe constitucionalidade da legitimação fundiária, no tocante ao tempo de posse, dispensa de desafetação para bens públicos e confisco de bens particulares.

2 A APLICABILIDADE DA REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DA MEDIDA PROVISÓRIA 759/16.

Neste capítulo, será abordada a sistemática da regularização fundiária, trazendo, antes, uma breve análise a respeito das alterações da Medida Provisória nº 759/2016 na formalização de titularidade de imóveis urbanos, principalmente em favor dos núcleos urbanos informais.

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei nº 13.465/17, sancionada em julho de 2017, instituiu mecanismos visando a regularização fundiária urbana, para uma melhor distribuição das propriedades nas cidades, e se originou da Medida Provisória nº 759 (MP nº 759/2016).

A tramitação da MP nº 759/2016, começou em 14 de fevereiro de 2017, com o recebimento da medida na Câmara dos Deputados e a constituição da Comissão Mista para analisar a matéria. Durante seu trâmite, foram propostas 732 emendas, sendo consolidado o texto no Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 12, de 2017.

O PLV de nº 12, foi assentado em 4 de maio de 2017, sendo submetido ao trâmite legislativo na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. A sanção do PLV e transformação na Lei nº 13.465, ocorreu em julho, com uma série de vetos presidenciais.

As principais mudanças trazidas pela MP nº 759/2016 foram a desburocratização, simplificação e ampliação dos meios de formalização da titularidade de imóveis urbanos, principalmente no que tange núcleos urbanos informais.

A primeira alteração principal diz respeito à introdução do direito real de laje no rol dos direitos reais, que tutela sobre o direito do titular de uma laje de construir ou deter a construção existente sobre coisa alheia, sendo possível a cessão da superfície.

Para Nelson Rosendal (2017), a tipificação do direito de laje, por meio da Lei Federal nº 13.465/17, surge como instrumento da regularização fundiária urbana, sob medida para a realidade brasileira, nas quais incontáveis famílias vivem em pavimentos distintos daquele que originariamente constituído sobre o solo, seja na condição de familiares do proprietário originário, ou mesmo desconhecidos, que formalmente contratam uma espécie de locação do local e assumem a condição de possuidores da laje.

Logo, a intenção da alteração, consiste em promover a regularização fundiária, assinalando que ter a propriedade em relação à laje confere mais segurança jurídica se comparada ao instituto da posse, uma vez que, os possuidores do direito de laje, podem ser aclamados pela modalidade de REURB-S, tendo em vista ser predominante a população de baixa renda.

A segunda alteração trata da regulamentação da arrecadação de imóveis abandonados, conforme art. 64 da Lei Federal nº 13.465/17, que visa promover o cumprimento da função social da propriedade.

Também, foi revogado todo o capítulo da Lei Minha Casa Minha Vida, no que tange a regularização fundiária, legitimação da posse e usucapião extrajudicial.

Esses institutos são tratados dentro do instituto de regularização fundiária urbana, junto da legitimação fundiária, porque a legitimação fundiária passa a ser a forma de aquisição originária do direito real de propriedade, exclusivamente no âmbito da REURB, àquele que detiver em área pública ou privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante do núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

O art. 9º da lei, dispõe que a regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, nota-se que, um dos objetivos da norma, é justamente promover a regularização de áreas informais, tal como, comunidades periféricas, assim como de garantir segurança jurídica à posse de imóveis urbanos, mediante emissão de título de propriedade, quando preenchidos todos os requisitos necessários, que terá validade para efetivar o registro em cartório de imóveis competente.

Para isso, fica a cargo do Poder Público classificar as modalidades de REURB, bem como processar, analisar e aprovar os projetos de regularização fundiária. Dessa forma, necessário se faz, a notificação do proprietário, loteador, incorporador, confinante, terceiro interessado ou aqueles que constem como proprietários do imóvel, conforme matrícula fornecida pelo Cartório de Registro de Imóveis competente.

Atualmente, existem duas modalidades de REURB, a de interesse social (REURB-S) e a de interesse específico (REURB-E).

A REURB-S é destinada para regularização fundiária de núcleos urbanos informais que foram ocupados por população de baixa renda, conforme definição feita pelo município.

É importante ressaltar que, para qualificar um núcleo urbano informal de baixa renda, para fins de REURB-S, é necessário que o grupamento tenha sido classificado pela Administração Direta ou Indireta do Município, até o dia 22/12/2016, data da promulgação da MP nº 759/2016.

Já a REURB-E, compreende os demais núcleos urbanos informais, não caracterizados como de baixa renda, para fins de REURB-S, sendo que é aplicável aos indivíduos que integrem núcleos urbanos informais que possuam condições financeiras de arcar com todas as despesas necessárias para a conclusão do processo de regularização fundiária, tais como estudos, projetos, implantação ou ajuste de infraestrutura, registro em cartório de imóveis competente e demais procedimentos necessários.

A principal diferença entre elas é que, para o procedimento da REURB-S, os beneficiários são isentos de quaisquer custas e emolumentos, principalmente sobre atos notariais e de registro imobiliário, quando da consolidação da regularização e emissão dos títulos dos direitos reais. Para além disso, na REURB-S cria-se o direito real, diferentemente da REURB-E, em que o beneficiário adquire o direito real mediante pagamento justo da unidade imobiliária, tal como pode ser promovida sobre área pública, desde que seja pago o núcleo urbano informal para o promovente da regularização fundiária urbana.

Ocorre que, em se tratando de bens públicos, na modalidade REURB-E, a alienação de direitos reais será feita em conformidade ao valor de mercado, descontando-se o valor das benfeitorias realizadas pelo ocupante e a valorização delas. Já na modalidade REURB-S, a

constituição de direitos reais é gratuita e promovida diretamente pelo ente público perante o cartório de registro de imóveis.

Caso o núcleo urbano estiver situado em terreno de domínio público, não é possível a entrega do título de legitimação fundiária, tratando-se de REURB-E, sendo que, é cabível apenas na modalidade de REURB-S, conforme art. 23, §§1º e 2º da Lei Federal nº 13.465/17.

A Medida Provisória nº 759/2016, convertida na Lei Federal nº 13.465/2017, dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e constitui o diploma vigente sobre o tema. Neste trabalho, especificamente, será analisada a inconstitucionalidade da legitimação fundiária, instituto jurídico da regularização fundiária urbana, disposta na lei entre artigos 9º e 82. Um detalhamento mais aprofundado acerca do regramento, trazendo os conceitos, os procedimentos e as ações diretas de constitucionalidade instituídas por esse instrumento jurídico serão abordados nos tópicos seguintes.

2.2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À MORADIA

O direito de propriedade está diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, uma vez que, é atribuído a ela, o papel de defesa da integridade humana, atuando como tutora de situações jurídicas da personalidade, de modo a preservar os bens intrínsecos e essenciais.

Para Carmona (2020, p. 28), o direito à moradia é a garantia de um lugar adequado para proteger a si próprio e sua família contra intempéries, independente do título ou forma como se opera esse direito. Ou seja, a moradia deve ser entendida como poder viver com segurança, paz e dignidade.

Jonh Locke (apud Pereira et al, 2019, p. 14), aborda a propriedade como sendo um direito natural inerente ao homem, que deve ser tutelada, tendo em vista que, sem ela não é possível desenvolver personalidade, por isso, é dever do Estado protegê-la. Nesse sentido, mesmo que o direito à moradia seja um direito constitucionalmente previsto, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, o direito de propriedade, em contrapartida não é pleno, uma vez que fica o cidadão condicionado a dar função social à propriedade, sob pena de poder vir a ter este direito lesado.

O art. 1.228 do Código Civil, aborda que, fica facultado ao proprietário usar, gozar e dispor da coisa, bem como o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Isto posto, mesmo que um indivíduo tenha a propriedade de um imóvel, necessário se faz, que este cumpra com a função social do bem, posto que, caso não o faça, poderá vir a ter a propriedade prejudicada.

Para Locke (apud Pereira et al, 2019, p. 10), a propriedade é limitada pela capacidade do trabalho do homem e pela possibilidade de retirar da propriedade, apenas o suficiente que lhe garanta conforto e sobrevivência. No entanto, caso esses bens venham a perecer na propriedade, sem o devido uso, infringiria a lei comum da natureza, sendo passível de punição.

Dessa forma, a função social da propriedade, vai além da simples intervenção estatal, uma vez que, tem como escopo, garantir a isonomia e reforçar o caráter prestacional do direito à propriedade.

O art. 182, §2º da Constituição Federal de 1988, reforça a ideia de Locke, quando discorre que a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Logo, a função social possui duas características mutuamente excludentes, tendo em vista que, de um lado protege o proprietário e por outro, pune o proprietário que não utiliza do seu bem, prejudicando a coletividade, que pode vir a ter esse direito lesado para quem a utiliza de forma benéfica.

Dessa forma, pode-se afirmar que o direito de propriedade não é um direito absoluto, já que, necessário se faz, destinar um objetivo à propriedade, sob pena de outro fazer.

A função social, pode ser cumprida por aquele que detenha a posse do bem, e é protegida pelo sistema jurídico brasileiro, mesmo que não se tenha certeza da propriedade, com intuito de preservar a paz social, o que faz com que esta deixe de ser um direito ligado exclusivamente à liberdade e à limitação da intervenção estatal, passando a ser mencionado com todos os parâmetros para garantia da isonomia.

Logo, a posse pode ser entendida como um direito independente da propriedade, pois pode ser tutelada quando se tem por finalidade a proteção da pessoa, manutenção da paz social e estabilização das relações jurídicas, sendo reconhecida através da função social da propriedade. |Diante disso, o direito à moradia ganha características prestacionais, possibilitando ao cidadão, o direito de exigir do Estado, em alguns casos, a garantia do acesso à propriedade.

A função social, a posse e a propriedade se conectam ao direito à moradia, uma vez que, são modos de aquisição da propriedade com abordagens diferentes, que garantem ao indivíduo a proteção do direito fundamental da moradia. Esta e a posse são características indispensáveis para o reconhecimento da legitimação fundiária visando a aquisição da regularização fundiária urbana, desde que, cumpridas as limitações da Lei Federal nº 13.465/17.

2.3 PROCEDIMENTO PARA OBTENÇÃO DA PROPRIEDADE ATRAVÉS DA REURB

A legitimação fundiária é uma forma de originária de aquisição do direito real de propriedade, conferido por ato do poder público, apenas no âmbito da regularização fundiária urbana, àquele que detiver posse em área pública ou possuir área privada, desde que seja integrante de núcleo urbano informal consolidado em 22 de dezembro de 2018, conforme art. 23 da Lei Federal nº 13.465/17.

Flávio Tartuce (2018, p. 6) dita que, a legitimação fundiária, é um direito real, que tem como finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana por população de baixa renda, observando a situação socioeconômica da

população e às normas ambientais. Nessa perspectiva, é possível perceber que, de fato a legitimação fundiária é uma forma originária de aquisição do direito real de propriedade, em razão de conferir titulação àquele que detém posse em núcleo urbano informal localizado em área pública ou privada, observados recursos econômicos do beneficiário.

Ao discorrer sobre legitimação fundiária, não se fala em transferir a propriedade, e sim, em reconhecê-la ao ocupante, tendo em vista que, o Poder Público identifica o imóvel ocupado, sobre o qual é exercida a posse, e declara o ocupante como sendo titular do imóvel.

Através dessa declaração é reconhecida a propriedade definitiva, imediata e incondicional do imóvel ocupado, tendo em vista que, uma vez registrada a legitimação fundiária em cartório de imóveis competente, o negócio jurídico não está sujeito a quaisquer cláusulas resolutivas.

Ocorre que, para obtenção da REURB, necessário que cumpra os objetivos dispostos no art. 10 da Lei Federal nº13.465/17, quais sejam:

Art. 10. Constituem objetivos da Reurb, a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

I - Identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior;

II - Criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano e constituir sobre elas direitos reais em favor dos seus ocupantes;

III - ampliar o acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, de modo a priorizar a permanência dos ocupantes nos próprios núcleos urbanos informais regularizados;

IV - Promover a integração social e a geração de emprego e renda;

V - Estimular a resolução extrajudicial de conflitos, em reforço à consensualidade e à cooperação entre Estado e sociedade;

VI - Garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;

VII - garantir a efetivação da função social da propriedade;

VIII - ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes;

IX - Concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo;

X - Prevenir e desestimular a formação de novos núcleos urbanos informais;

XI - conceder direitos reais, preferencialmente em nome da mulher;

XII - franquear participação dos interessados nas etapas do processo de regularização fundiária (Brasil, 2017).

A REURB é constituída por 6 fases, conforme art. 28 da lei, de modo que, inicia-se pelo requerimento de algum dos legitimados, quais sejam, os entes da Federação, os ocupantes, os proprietários, a Defensoria Pública ou o Ministério Público.

A partir disso, é feito um levantamento e consulta aos proprietários e confrontantes da área ocupada quando à sua regularização, e, na ausência de oposição, é elaborado um projeto urbanístico.

A demarcação é um procedimento que tem como finalidade definir os limites, a área, localização e confrontantes, para identificar os ocupantes do núcleo urbano e qualificar a natureza da posse.

Uma vez identificado o imóvel, o proprietário é notificado acerca da legitimidade da REURB, para que se possa obter anuência para registro na matrícula imobiliária, e posterior execução da REURB, a critério do município.

A demarcação deve obedecer aos requisitos e procedimentos previstos no art. 19 da lei de regularização fundiária, sendo que, inicialmente, deverá ser lavrado o auto de demarcação urbanística, pelo município.

Lavrado o auto, o proprietário deverá ser notificado, pessoalmente ou pela via postal, para impugnar o ato ou manifestar concordância com a REURB, no prazo de 30 dias, e, caso não encontre o proprietário ou eventualmente não receba a notificação, a intimação ocorrerá mediante publicação de edital.

O proprietário poderá impugnar total ou parcialmente o auto, que serão alvos de litígio com o Poder Público, sendo que a lei estabelece a via consensual e extrajudicial como primacial para resolução do conflito.

Realizada a demarcação urbanística, consumará com a averbação no cartório de registro de imóveis competente, contendo na matrícula a área total e perímetro correspondente ao núcleo a ser regularizado.

A análise da Leo Federal nº13.465/17 é complexa pois, divide opiniões favoráveis e desfavoráveis sobre o tema. Por isso, após a sua sanção, ela foi alvo de homenagens por parte de entidades como a Federação da Agricultura e Pecuária do Estado do Mato Grosso e da Associação dos Notários e Registradores do Estado do Rio Grande do Sul, bem como de 03 ações diretas de inconstitucionalidade, que foram as ADI nº 5.771, nº 5.787 e nº 5.883.

Essa divergência se dá porque a lei traz algumas novidades benéficas, como o aumento do rol dos legitimados, que são as pessoas que podem requerer a realização da regularização fundiária urbana, dando uma atenção especial, à população de baixa renda, para que possam ser consagradas com o direito da moradia.

Essa mudança, faz com que o alcance da justiça seja mais amplo, principalmente à população hipossuficiente, beneficiária da REURB-S.

Ademais, a lei definiu melhor as competências, simplificando os procedimentos para aquisição da REURB.

Outrossim, se justifica a impetração das ações diretas de constitucionalidade, uma vez que, após a fase de titulação, o legislador não se atentou em buscar meios de evitar a prática da gentrificação - problema social, de valorização acentuada em determinada área, que culmina a saída dos moradores em razão do alto custo de vida.

Em vista disso, os proprietários vendem sua propriedade, sem que façam devido trâmite de transferência da propriedade – sem o pagamento de taxas de transmissão de bens e registro da transferência na matrícula no cartório de imóveis competente -, mudando para regiões em que, também são irregulares, culminando em um ciclo vicioso desse problema social.

3 A LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA COMO INSTRUMENTO DA REURB

Diante dos argumentos apresentados até o momento, nota-se que a legitimação fundiária é uma forma originária de aquisição do direito real de propriedade, apenas no âmbito da regularização fundiária. Mas afinal, por que ela é tão questionada pelas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal? Neste capítulo, objetiva-se analisar a aplicabilidade da legitimação fundiária para aquisição da regularização fundiária.

3.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA: QUAL É A RELAÇÃO?

O direito à propriedade é exclusivo e absoluto, tendo o proprietário o direito de dispô-la da maneira que lhe convier, bem como o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, conforme art. 1.228 do Código Civil.

Contudo, o direito de propriedade é limitado pela capacidade do trabalho do homem e pela possibilidade de retirar da propriedade, o suficiente para garantir conforto e sobrevivência, sendo que, caso os bens venham a perecer na propriedade, sem o devido uso, poderá vir a ter o direito de propriedade prejudicado.

A problemática versa a respeito da falta de cumprimento da função social do bem, que tem como escopo, garantir a isonomia e reforçar o caráter prestacional do direito à propriedade.

A posse é um ponto importante, quando se trata de aquisição de regularização fundiária, por meio da concessão da legitimação fundiária, uma vez que, é por meio do reconhecimento da posse de um indivíduo sobre determinado imóvel, que o Poder Público irá declarar o detentor da posse como sendo o ocupante titular do imóvel, resultando na propriedade definitiva do bem ocupado.

Mas afinal, o que é legitimação de fundiária? Legitimação fundiária é uma forma originária de aquisição do direito real de propriedade, conferido por ato do Poder Público, apenas no âmbito da regularização fundiária urbana, àquele que detiver área pública ou possuir área privada, integrante de núcleo urbano informal consolidado já existente em 22 de dezembro de 2016.

Para Flávio Tartuce (2018, p. 6), a legitimação fundiária, é um direito real, que tem como finalidade ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana por população de baixa renda, observando a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Feitas as considerações iniciais sobre a legitimação fundiária, nota-se que a função social da propriedade é uma característica importante para qualificar o instituto supracitado. Destarte, faz-se necessária uma breve análise sobre como se dá a função social da propriedade.

3.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

O marco jurídico da função social da propriedade, foi criado por Leon Duguit (apud Nalini, 2013, p. 74), uma vez que afirmava que o homem era resultado do ambiente social, recebendo todas as influências deste, e não da natureza. Para ele, o "viver social" era voltado à satisfação dos interesses coletivos, decorrentes de solidariedade e interdependência social.

As Constituições de 1824, 1981 e 1937, consagraram o direito de propriedade em toda a sua plenitude, admitindo apenas a desapropriação decorrente de utilidade pública, sendo desconsiderado qualquer força, propósito ou direito social.

A Constituição de 1934, consagrou o direito de propriedade vinculado ao cumprimento do interesse social ou coletivo, deixando de delimitar e esclarecer as bases e sentidos imprimido ao interesse social.

Apenas na Constituição Democrática, de 1946, a propriedade privada foi relativizada, tendo que atender os interesses sociais, vinculando seu exercício ao bem-estar e por promover o ideário de sua justa e igualitária distribuição.

A função social da propriedade, na Constituição vigente, é denominada inicialmente, de princípio constitucional, tratado no art. 5º inciso XXIII, que dispõe acerca da necessidade da propriedade em cumprir a função social, sendo comprovada a ação deste princípio em todo o ordenamento jurídico vigente.

A função social é uma atividade que se desenvolve para determinado fim, que pode ultrapassar o interesse social do próprio agente, tendo em vista que, refere-se não apenas ao indivíduo isoladamente, mas a todos, sejam juristas, magistrados ou qualquer cidadão, sem distinção de raça, crença ou sexo.

Por esse motivo, o exercício da posse e da propriedade não se dá apenas com a manutenção do poder econômico por parte do titular, sendo necessário existir direito visando a justiça social, independentemente da vontade do titular.

Para o cumprimento da função social, a propriedade deve produzir, de modo a contribuir para melhores condições, não só do seu titular, mas de todos, em atendimento ao objetivo constitucional de construir uma sociedade justa e solidária.

Logo, a propriedade que não cumpre a função social, não pode ser tutelada pelo ordenamento jurídico, que se submete aos interesses patrimoniais e aos princípios fundamentais.

A função social, pode ser cumprida por aquele que detenha a posse do bem, e é protegida pelo sistema jurídico brasileiro, mesmo que não se tenha certeza da propriedade, com intuito de preservar a paz social.

Conforme Lei Federal nº 13.465/17, a função social da propriedade é um dos principais fundamentos da legitimação fundiária, uma vez que, outorga ao ocupante a propriedade da unidade imobiliária, que pode ser utilizada em conformidade com os objetivos sociais impostos pelo município conforme plano diretor, em atendimento ao benefício da coletividade.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA

A Lei Federal nº 13.465/17, originou-se da MP nº 759/2016, que definia a legitimação fundiária como sendo ato discricionário, conferido pelo Poder Público. Sabe-se que, no ato discricionário, o agente público pode julgar a conveniência e oportunidade da prática do ato, sendo contrário ao que ocorre no ato administrativo vinculado.

Dado o projeto de conversão em que transformou a redação da lei vigente, a palavra “discricionário” foi excluída, cabendo a partir de então ao intérprete, analisar se os elementos desse ato administrativo para que então, caracterize-o em ato vinculado ou discricionário.

Dessa forma, qualificando o ato como vinculado, o beneficiário da regularização fundiária urbana, que preencher todos os requisitos para tal, poderá exigir do Poder Público sua titulação por legitimação fundiária.

Em contraponto, caso o ato seja discricionário, ficará a cargo do ente público averiguar a conveniência e oportunidade do reconhecimento desse direito, tendo em vista que, na lei de regularização fundiária urbana vigente, dita que a legitimação fundiária é conferida por ato do Poder Público, deixando ampla a interpretação de que esse ato pode ser vinculado ou discricionário.

Reis e Lelis (2018, p. 12), expressa que, no que tange o ato discricionário, não há que se falar em aquisição originária, e sim derivada, tendo em vista que para tal, deve haver outorga do bem público a particular por decisão administrativa, em se tratando de regularização fundiária urbana de interesse social (REURB-S), posto que a legitimação fundiária é uma via constituída para a titulação do beneficiário, dentre outras existentes, que o ente público adotará na sua legislação para o exercício de sua autonomia patrimonial federativa.

Ademais, afirmam ainda que, no tocante ao ato administrativo vinculado, quanto ao direito de propriedade adquirido originariamente, e podendo a legitimação ser exigida ao Poder Público pelo detentor que cumprir as condições citadas da lei, tais como não ter outro

imóvel para moradia e utilizar o bem conforme interesse público, em área urbana informal consolidada em 22 de dezembro de 2017, ter-se-á uma espécie de usucapião de bem público, afrontando o art. 183, §3º da CF/88.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez (Brasil, 1988).

Em contraponto, Godoy (apud Carmona, 2020, p. 7), cita o princípio constitucional da função social da propriedade e o direito fundamental da moradia, sendo que, o não atendimento desses princípios em detrimento da propriedade desfuncionalizada em razão do proprietário, que esteja ocupado pelo menos desde 22/12/2016, concede que a propriedade seja adquirida por meio da legitimação fundiária, ao detentor que está cumprindo tais princípios. Destarte, a usucapião e concessão da propriedade através da legitimação fundiária, não se confundem, tendo em vista que, diferentemente da primeira, a segunda condiciona a subvenção àquele que der função social à propriedade, não fazendo descrição do tempo necessário para tal. Ainda, é necessário que o beneficiário esteja sob posse do imóvel, desde 22 de dezembro de 2016, conforme a Lei Federal nº 13.465/17.

À vista disso, o ato do Poder Público de conferir a legitimação fundiária é um ato discricionário, tendo em vista que o beneficiário adquire o bem em decorrência de um ato administrativo e de modo originário. Ademais, em se tratando de bens públicos, o art. 71 dispensa a desafetação, a avaliação prévia, a autorização legislativa e a licitação, o que compromete a participação democrática.

Dessa forma, é notório o quão polêmico é esse novo instituto, que está pendente de ações diretas de inconstitucionalidade a serem abordadas no próximo capítulo.

4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA

Neste terceiro capítulo pretende-se analisar as três ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, a fim de entender quais os principais pontos questionados. Por fim, pretende-se avaliar se a Lei Federal nº 13.465/17 afronta a Constituição Federal de 1988.

4.1 A ADI DO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA

Segundo o art. 127 da CF/88, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do

regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dessa forma, o foco principal da ADI nº 5.771 é a tutela da função social da propriedade, na defesa da dignidade da pessoa humana e do direito social à moradia.

A petição inicial da ADI nº 5.771, foi assinada pelo ex Procurador-geral da República, Rodrigo Janot Monteiro Barros, e na descrição do objeto da ação, diz que a Lei Federal nº 13.465/17 afronta múltiplos princípios e regras constitucionais, tais como: o direito à moradia, o direito à propriedade e o cumprimento da função social, a proteção do meio ambiente, a política do desenvolvimento urbano, o dever de compatibilizar a destinação das terras públicas e devolutas com a política agrícola e o plano nacional de reforma agrária.

Para além disso, segundo ele, a normativa também está em desacordo com os objetivos fundamentais da República, a proibição de retrocesso, o mínimo existencial e o princípio da proporcionalidade (na faceta da proteção deficiente), a competência constitucionalmente reservada a lei complementar, a competência da União para legislar sobre Direito Processual Civil, a previsão de que os pagamentos de indenizações da reforma agrária será em títulos da dívida agrária, a exigência de participação popular no planejamento municipal, e as regras constitucionais do usucapião especial urbano e rural.

A ADI instaurada pelo PGR é a mais drástica no que tange seu pedido, tendo em vista que solicita a declaração de inconstitucionalidade da norma em sua integralidade, pautado nas inconstitucionalidades formais alegadas, bem como na ponderação da ausência de urgência para edição da MP nº 759/2016.

Ademais, pediu concessão de medida cautelar, com objetivo de suspender os efeitos da lei, baseado no argumento de causar retrocessos em se tratando de direitos fundamentais.

Para concessão da tutela de urgência, ele alega ameaça de descontinuidade das políticas agrícolas de reforma agrária e de desenvolvimento urbano, bem como o perigo de privatização em massa de bens públicos, com a criação de mutirões para acelerar a emissão de títulos.

Tais argumentos foram baseados na justificativa de que o período de privatização em massa de bens públicos poderá se tornar irreversível, com aumento do número de mortes fruto de conflitos agrários, dado aumento da concentração fundiária, além da concessão de anistia a grileiros e desmatadores.

Outrossim, mencionou também, grande mobilização da sociedade civil, composta por 61 entidades ligadas à defesa do meio ambiente, sobre o pressuposto de que essas entidades peticionaram ao PGR para que provocasse por meio desta ação o Supremo Tribunal Federal.

Essas entidades, tem como objetivo declarar as múltiplas inconstitucionalidades da lei, tendo em vista que a normativa causa ampla privatização de terras públicas, florestas, águas e ilhas federais na Amazônia e zona costeira do Brasil.

No que tange à legitimação fundiária, foi citada apenas em duas oportunidades. Na primeira, o PGR transcreve as justificativas apresentadas pelo Presidente da República, que,

no item 4 da Medida Provisória, menciona que um dos motivos dela seria a criação de institutos jurídicos, como o da legitimação fundiária, a fim de permitir a regularização de ocupações clandestinas nas cidades brasileiras.

Na segunda, após transcrever a definição legal do instituto, prevista no art. 23 da Lei Federal nº 13.465/17, questiona que, a falta de tempo mínimo de ocupação da área ou de vinculação de seu uso a moradia, acabará por favorecer ocupações clandestinas e ilícitas por parte de seus ocupantes de terras e falsificadores de documentos, os grileiros.

Por fim, dita que, uma vez previsto os requisitos para concessão de usucapião especial urbano e rural na norma constitucional, não poderia a legitimação fundiária, prevista em lei ordinária federal, dispensá-los sem que haja inconstitucionalidade.

Assim, a petição inicial do PGR é de grande influência a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em especial tendo como escopo a defesa do direito de propriedade, da função social da propriedade, do direito à moradia, do direito ao não-confisco e o direito de toda a sociedade a ter um devido, justo e legal processo legislativo.

4.2 A ADI DO PARTIDO DOS TRABALHADORES

A ADI nº 5.787, foi a segunda a ser interposta, pelo Partido dos Trabalhadores - PT, possuindo um viés mais objetivo em comparação à peça do PGR. Assim, o PT tem como objetivo defender toda a década de implantação e experiência da política pública habitacional simbolizada pela Lei do Programa Minha Casa Minha Vida.

No tocante à regularização fundiária, a ex-Procuradora-geral da República, Raquel Dodge cita que o foco da Lei Federal nº 13.465/17, é a distribuição de títulos de propriedade, para que se tenha facilitação de crédito, movimentação da economia e aumento da arrecadação tributária. No entanto, afirma também que a entrega da titulação sem que o Estado assegure a entrega de equipamentos públicos necessários para garantia de uma infraestrutura necessária e prestação de serviços públicos essenciais, contribuirá para uma especulação imobiliária, a grilagem de terras e a concentração de propriedade.

Ademais, entende que a concessão do direito real de propriedade vai favorecer uma posterior transação do bem, porém dificulta a gestão pública relativa ao manejo da organização fundiária urbana ou rural.

No que tange o rol dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da CF/88 somado aos princípios fundamentais previstos no art. 1º, conclui-se que o legislador constituinte se atentou à desigualdade e pobreza, sendo ponto indiscutível.

Outrossim, relaciona a regularização fundiária urbana com a política de desenvolvimento urbano e as funções sociais da cidade, Raquel Dodge sumariza que a cidade, deve fornecer a todos os subsídios para o exercício da cidadania, destacando-se a habitação, trabalho, lazer, mobilidade, educação, saúde e desenvolvimento sustentável.

Posteriormente, afirma que o não estabelecimento de critérios temporais, tamanho máximo, modo de uso ou exigir boa-fé, além de não estabelecer indenização, quando

a legitimação fundiária incidir sobre propriedade privada, é incompatível ao sistema da proteção da propriedade previsto no texto constitucional, bem como dos instrumentos de usucapião, desapropriação e da concessão especial de uso para fins de moradia.

Ainda nessa linha de raciocínio, aduz que os pontos citados, favorecerá a concentração de imóveis, formalização de ocupações que não respeitem a função social da propriedade, bem como cita a falta de preocupação com a instalação de equipamentos de serviços públicos, que culminará na gentrificação³.

Em relação a REURB-E, a aquisição onerosa, se ocorrida em terras públicas, o respeito à ordem constitucional refletirá, sendo necessário buscar a redução das desigualdades sociais e regionais, o direito à moradia e o respeito à função social da propriedade. Segundo ela, a Lei Federal nº 13.465/17, estimula as ocupações irregulares, a grilagem de terras e a especulação imobiliária, aumentando a concentração de propriedade.

Em conclusão, Raquel Dodge opina pela procedência do pedido, sem ressalvas, alegando a inconstitucionalidade material e formal da lei no que tange a regularização fundiária urbana, por entender que afronta o modelo constitucional de política urbana, o que também será tratado na ADI 5.883.

4.3 A ADI DO INSTITUTO DOS ARQUITETOS DO BRASIL

A ADI nº 5.883, foi impetrada pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil - IAB, que é uma classe de legitimados especiais, tendo em vista que precisam cumprir certos requisitos para que a ação direta seja aceita pela Suprema Corte. Além disso, para ter legitimidade e interesse de agir, é necessário que o objeto da norma, tenha correlação direta com o próprio sentido de existir da entidade de classe impetrante, devendo estar representados por advogados, bem como, constar na procuração o rol de artigos que deverão ser objeto desse pedido de inconstitucionalidade.

Logo, para comprovação da pertinência temática sobre a regularização fundiária urbana, foi comparada a Lei nº 12.378/2010, art. 2º, que define as atribuições e atividades do exercício da Arquitetura e Urbanismo, observado as definições da REURB, podendo essa ADI tratar da regularização fundiária urbana, apenas no que tange os art. 9º a 82º, e em alguns dispositivos do Título III.

Em primeiro ponto, O IAB afirma que a Lei Federal nº 13.465/17 viola o próprio modelo constitucional de política urbana formada pelo conjunto dos seguintes artigos: art. 24, inciso I, que disserta sobre a competência corrente para legislar sobre direito urbanístico; art. 30, inciso I, que rege sobre a competência municipal sobre assuntos de interesse local; art. 30, inciso VIII, que dita sobre a competência municipal sobre o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

³ Gentrificação é o termo que designa o processo de segregação socioespacial vivenciado em áreas urbanas, caracterizado pela valorização acentuada de determinada área, que culmina na saída de moradores antigos em razão do aumento local do custo de vida.

art. 182, que disserta sobre a competência executiva em matéria urbanística atribuída ao poder público municipal, e competência normativa atribuída ao Plano Diretor; e por fim, art. 183, que dita sobre os requisitos e vedações para usucapião, como modo originário de aquisição do direito real de propriedade.

Posteriormente, versa que a legitimação fundiária viola a proteção constitucional de propriedade privada, formada pela função social da propriedade, pelo direito de desapropriação mediante indenização, o devido processo legal, a competência comum de conservação do patrimônio público, os princípios da ordem econômica da propriedade privada e da função social da propriedade, da desapropriação mediante indenização, e do impedimento de aquisição de imóveis públicos por usucapião.

Ainda, alude que a Lei Federal nº 13.465/17 é um ataque às unidades de conservação e à ordenação urbana, permitindo a privatização em massa de terras públicas e a criação de "cidades de papel" - jargão usado para mencionar cidades que existem apenas em documentos, e não existem na realidade. Isso posto que, a norma permite que a regularização fundiária urbana seja feita, sem haver equipamentos e serviços públicos disponíveis, baseada em promessas feitas por políticas locais.

O parecer da ex-Procuradora-geral da República, Raquel Dodge, está organizado pelos temas em que se dividiu a ADI nº 5.787, sendo que, primeiramente trata das inconstitucionalidades formais, no caso alegado a desrespeito à autonomia municipal para dispor sobre o ordenamento urbano e posteriormente, sobre as inconstitucionalidades materiais.

Ademais, discorrerá exclusivamente sobre a legitimação fundiária, para que possa finalizar seu parecer, discorrendo sobre o Sistema de Registro Eletrônico de Imóveis (SREI).

Ao tratar sobre legitimação fundiária, Raquel Dodge entende que a CF/88 possui um sistema constitucional de proteção da propriedade pública, usando como parâmetro os institutos constitucionais no tocante ao tema, da usucapião e da desapropriação. Assim, com a isenção do estabelecimento de tempo, modo e a área de ocupação, que existem nos institutos anteriormente mencionados, a legitimação fundiária afastou-se da função social da propriedade urbana e das funções sociais da cidade.

Prontamente, Raquel Dodge cita o entendimento de ex-ministro Celso de Mello, que versa que um instituto contido em lei ordinária federal, não pode ir além do que institutos com previsão constitucional.

Concluindo, Dodge analisa o §1º do art. 23, que determina condições mais gravosas aos beneficiários de REURB-S, que são os hipossuficientes, enquanto os beneficiários de REURB-E não teriam o mesmo tratamento. Para ela, a norma permite acesso a política urbana de regularização fundiária urbana com mais facilidade à população de média a alta renda, impondo restrições à população mais carente, o que afronta o princípio da isonomia.

Dessa forma, a petição do IAB reforça que o modelo constitucional de propriedade é sistema criado na constituição para proteger as propriedades privadas e públicas do arbítrio, afirmando que a propriedade tem relevância e centralidade na sociedade, tendo em vista, que

o constituinte se atentou em estabelecer de forma expressa e delimitada as formas extraordinárias de aquisição, concluindo que a extinção do vínculo da propriedade é algo que demandaria autorização constitucional, ou seja, a delimitação fundiária deve estar prevista no texto constitucional.

4.4 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEGITIMAÇÃO FUNDIÁRIA

A análise da constitucionalidade se dará no tocante ao instituto da legitimação fundiária, conforme art. 23 da Lei Federal nº 13.465/17.

Em se tratando de bens públicos, é pauta das três ações diretas de inconstitucionalidade a possibilidade da legitimação fundiária ser análoga a usucapião, traçado na possibilidade de violação deste instituto ao texto constitucional, que veda usucapião de bens públicos.

Ocorre que, usucapião é um modo originário de aquisição de propriedade, previsto no art. 183 da CF/88, que dita que, aquele que possuir área urbana até 250,00m², por 5 (cinco) anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Ademais, o mesmo dispositivo, em seus parágrafos 1º, e 2º e 3º, acrescenta que o título de domínio será conferido ao homem ou a mulheres, ou ambos, independentemente de estado civil; que não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez; e que os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

Esse instituto é fundamentado na função social da propriedade, tendo em vista que a propriedade é consolidada por aquele que detiver posse e tempo, dando utilidade ao bem usucapido em detrimento do proprietário desidioso, que não deu função social do seu patrimônio.

Seguindo essa linha de raciocínio, a legitimação fundiária é semelhante à usucapião, tendo em vista serem formas originárias de aquisição de propriedade, mas ambas não se confundem.

Diferente da usucapião, a legitimação fundiária é um instituto aplicado exclusivamente no âmbito da regularização fundiária urbana, que não estabelece tempo de posse mansa e pacífica, deixando claro apenas, que a posse tenha sido consolidada até 22 de dezembro de 2016. Outrossim, é permitida legitimação fundiária em área pública e particular, emergindo nesse ponto, os argumentos de inconstitucionalidade apontados nas três ações diretas de inconstitucionalidade anteriormente mencionadas.

Esta é conferida por ato administrativo discricionário, ou seja, é necessário que um administrador público entenda oportuno e conveniente a entrega do título originário ao beneficiário. Logo, a vontade do possuidor, é ponderada pela vontade do administrador, que analisará a existência de interesse público, para promover moradia e cidadania a uma coletividade.

Dessa forma, em caso do núcleo urbano informal estar situado em terras públicas, a legitimação fundiária, se dará apenas com outorga do poder público.

Ademais, mediante inércia do particular quanto a utilização de seu bem, deixando de cumprir com função social na propriedade, o Estado poderá utilizar meios previstos no art. 182, §4º da CF/88, tais como o uso sucessivo do parcelamento e edificação compulsória, o imposto sobre propriedade predial e territorial urbano e a desapropriação urbanística. Mas, quando se trata de propriedade ociosa em que o titular é o Estado, não há a mesma punibilidade.

Desta forma, é notório a impunidade Estatal, haja vista que, o Brasil é um país com número significativo de pessoas que vivem em situação precária, muitas vezes sem amparo do princípio constitucional do direito à moradia.

Assim, o novo instituto da legitimação fundiária, relativiza os privilégios no que tange bens dominicais ociosos, resguardando o regime público dos bens públicos apenas àqueles afetados por alguma política ou finalidade pública.

Outrossim, destaca-se que, a função social da propriedade, prevista no texto constitucional, não contém ressalvas quanto à sua aplicabilidade a bens públicos, conseqüentemente, não ocorrendo ônus com seu descumprimento.

Seguindo essa linha de raciocínio, o art. 10, inciso II da Lei Federal nº 13.465/17 define que, um dos objetivos da norma é criar unidades imobiliárias compatíveis com o ordenamento territorial urbano, sendo mais uma vez, de responsabilidade do administrador público, julgar a conveniência de estabilização desse núcleo urbano informal no plano diretor territorial, como benéfico ou não para o meio ambiente e para o pleno desenvolvimento urbano, observando o princípio constitucional de dignidade da pessoa humana, para que os beneficiários dessa titulação estejam respaldados por equipamentos públicos básicos, tais como saneamento básico e iluminação pública.

Isto posto, a legitimação fundiária por ter sua aplicação restrita à regularização fundiária urbana, contempla e efetiva o princípio constitucional da função social da propriedade e do direito à moradia.

Ainda, foi ponto de discussão que o não pagamento de ITCMD e a dispensa de licitação, favoreceria a transação do bem. Ocorre que, a isenção do imposto de transmissão, se dá apenas no campo de REURB-S, já que, caso esse beneficiário queira alienar o bem futuramente, ficará a cargo do adquirente arcar com os impostos de transmissão regularmente.

Outrossim, relativo à supressão de indenização ao proprietário particular, não há que se falar em inconstitucionalidade, tendo em vista que, conforme art. 31 da Lei Federal nº 13.465/17, o titular é notificado a apresentar manifestação pelo prazo de 30 dias, e caso permaneça ausente, será entendida anuência.

Destarte, a possibilidade do direito de manifestação concedida ao proprietário inerte com a função social de sua propriedade, garante-lhe a função jurídica da defesa, para que ele não tenha seu direito lesado, sem que haja o devido processo legal.

Por fim, perfaz-se pela constitucionalidade total da norma, tendo em vista que, conforme discriminado, a norma não fere quaisquer direitos previstos constitucionalmente, garantindo o direito à moradia, a propriedade, à dignidade da pessoa humana, a isonomia, a função social da propriedade, a proteção do meio ambiente e ao pleno desenvolvimento urbano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar a constitucionalidade da Lei Federal nº 13.465/17, mostrando que os argumentos apontados nas ações diretas de inconstitucionalidades ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, não procedem quando analisado o texto constitucional correlacionando-o com a normativa.

Cumprir esclarecer, que a pesquisa se desenvolveu em torno de artigos publicados e da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que houve grande divergência de pensamentos sobre o tema, pautados no argumento de infringir a norma constitucional.

Assim, ao analisar a aplicabilidade da legitimação fundiária para aquisição de regularização fundiária, percebe-se que esta não é inconstitucional, tendo em vista que é um instituto aplicado exclusivamente no âmbito da regularização fundiária urbana, deixando claro que a posse deve ter sido consolidada até 22 de dezembro de 2016, conferida por ato administrativo, ou seja, basta que o administrador público entenda conveniente a entrega do título ao beneficiário.

Dessa forma, a vontade do possuidor é ponderada pelo julgamento do administrador, que analisará a existência ou não de interesse público para promover moradia, cidadania e coletividade.

Assim, mesmo que o núcleo urbano informal esteja situado em terras públicas a legitimação fundiária se consumará mediante outorga do poder público.

Outrossim, é de grande valor o cumprimento da função social da propriedade, sendo que, o proprietário ocioso poderá vir a ter a propriedade prejudicada em relação àquele que está utilizando do bem, dando ao Estado autonomia para se valer da forma de punição que julgar adequada, em conformidade ao caso concreto.

Também, vale ressaltar que, a função social prevista no texto constitucional não possui ressalvas quanto a sua aplicabilidade a bens público, não havendo dessa forma, ônus mediante seu descumprimento.

Em conclusão, a presente pesquisa se mostra de extrema relevância para a sociedade tendo em vista que, atualmente existem diversas famílias que estão sob posse de propriedades urbanas em núcleos urbanos informais que não possuem respaldo jurídico por não possuírem a propriedade do bem, tendo o direito à moradia, à propriedade, à dignidade da pessoa humana feridos.

REFERÊNCIAS

ASCOM PREFEITURA. Prefeitura entrega escrituras a moradores dos bairros Esperança, Belo Vale, Itapuã e Cidade de Deus: Programa de Regularização Fundiária contemplou imóveis a 162 famílias. In: **Prefeitura entrega escrituras a moradores dos bairros Esperança, Belo Vale, Itapuã e Cidade de Deus**: Programa de Regularização Fundiária contemplou imóveis a 162 famílias. Sete Lagoas, 18 abr. 2023. Disponível em: <https://www.setelagoas.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/prefeitura-entrega-escrituras-a-moradores-dos-bairros-esperanca-belo-vale-itapua-e-cidade-de-deus/69964>. Acesso em: 18 abr. 2023.

AZEVEDO, Fabio de Oliveira(coord.) *et al.* **Direito Imobiliário**: Escritos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. São Paulo: Atlas, 2015. 982 p.

BRASIL, Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL, Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. **Regularização Fundiária rural e urbana**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL, **Medida Provisória nº 759, de 22 de dezembro de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5771/DF** - Distrito Federal. Relator Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5255150>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5787/DF** - Distrito Federal. Relator Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5277531>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5883/DF** - Distrito Federal. Relator Dias Toffoli. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5342200>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Constituição federal (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

CAMONA, Paulo Afonso Cavichioli; ZAGO, Fábio Bragança; SOUZA, Oriane Graciani. Direito à moradia, regularização fundiária e política habitacional: Legitimação fundiária na promoção do direito fundamental à moradia. In: **Direito à moradia, regularização fundiária e política habitacional: Legitimação fundiária na promoção do direito fundamental à moradia.** [S. l.], 2019.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; ZAGO, Fábio Bragança; SOUZA, Oriane Graciani de. **Legitimação fundiária na promoção do direito fundamental à moradia.** 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Paulo-Carmona/publication/342656355_Legitimacao_Fundiaria_na_Promocao_do_Direito_Fundamental_a_Moradia/links/5f0282db299bf188160397b3/Legitimacao-Fundiaria-na-Promocao-do-Direito-Fundamental-a-Moradia.pdf. Acesso em: 17 ago. 2022.

CARVALHO PINTO, Victor. **Mitos e verdades sobre a nova Lei da Regularização Fundiária Urbana.** 2017. Disponível em <https://caosplanejado.com/mitos-e-verdades-sobre-a-nova-lei-da-regularizacao-fundiaria-urbana/>. Acesso em 17 de ago. 2022.

KÜMPEL, Vitor Frederico. **Bens públicos e legitimação fundiária: um problema da lei 13.465/2017.** 2018. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/registralhas/290978/bens-publicos-e-legitimacao-fundiar-ia--um-problema-da-lei-13-465-2017>. Acesso em: 7 de ago. 2022.

MOURA, Jocsã Araújo. CARTILHA - REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA – ASPECTOS PRÁTICOS DA LEI 13.465/2017. In: **CARTILHA - REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA – ASPECTOS PRÁTICOS DA LEI 13.465/2017.** Boa Esperança/ES, 2017. Disponível em: https://www.sinoreg-es.org.br/_Documentos/Upload_Conteudo/arquivos/CARTILHA_REGULARIZACAO_FUNDIARIA_URBANA_2017.pdf. Acesso em: 17 ago. 2022.

NALINI, José Renato (coord.) *et al.* **Regularização Fundiária: De acordo com a Lei 12.651/2012 - Novo CÓDIGO FLORESTAL, com redação dada pela Lei 12.727/2012.** 2º. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Forense, 2013. 477 p.

O DIREITO real de laje como nova manifestação de propriedade. In: ROSENVALD, Nelson. **O direito real de laje como nova manifestação de propriedade.** [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2017/09/14/o-direito-real-de-laje-como-nova-manifesta%C3%A7%C3%A3o-de-propriedade>. Acesso em: 13 fev. 2023.

PEREIRA, C. A. M. P.; NOGUEIRA, R. E. A.; DANTAS, S. M. de S. A teoria de John Locke e o direito brasileiro: um paralelo para a função social da propriedade. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, [S. l.], v. 11, n. 2, p. 60–76, 2019. DOI: 10.21680/1982-310X.2018v11n2ID16342. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/16342>. Acesso em: 01 nov. 2022.

PREVEDELLO, Alexandre. Instrumento de legitimação fundiária e inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. **Revista da ESDM**, v. 5, n. 9, p. 49-61, 2019.

REIS, Eduardo Moreira; LELIS, Natália. Legitimação Fundiária - Natureza Jurídica e Aplicabilidade na Prática. In: REIS, Eduardo Moreira; LELIS, Natália. **Legitimação Fundiária - Natureza Jurídica e Aplicabilidade na Prática**. 75. ed. [S. l.]: Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, 2018. p. 47-63.

SOUZA, Bruno Torres. Controle da constitucionalidade do instrumento de regularização fundiária urbana da legitimação fundiária. In: SOUZA, Bruno Torres. **Controle da constitucionalidade do instrumento de regularização fundiária urbana da legitimação fundiária**. Brasília: Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento -ICPD, 2020.

VELOSO, Luiza Lins. Legitimação fundiária: uma visão constitucional no contexto da segregação socioespacial das cidades brasileiras. In: **Legitimação fundiária: uma visão constitucional no contexto da segregação socioespacial das cidades brasileiras**. 3. São Paulo/SP: Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo Habitação e Urbanismo, Agosto 2018.

10

DOI: 10.5281/zenodo.13172192

Como citar este artigo
(ABNT NBR 6023/2018):

FERREIRA, Giulia Nikolaus; DANTAS, Thomas Kefas de Souza Dantas. Liberdade de expressão e a liberdade religiosa como limitadoras do Direito Fundamental à saúde. *Revista Insigne de Humanidades*, Natal, v. 1, n. 2, p. 173-186, maio./ago. 2024.

Recebido em: 19/08/2024
Aprovado em: 28/08/2024

Liberdade de Expressão e a Liberdade Religiosa como Limitadoras do Direito Fundamental à Saúde

Freedom of Expression and Religious Freedom as Limitations to the Fundamental Right to Health

Giulia Nikolaus Ferreira¹

Faculdades Integradas Campos Salles.

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7784956604085797>.

 E-mail: giulianikolaus54@gmail.com.

Thomas Kefas de Souza Dantas²

Universidade de São Paulo (USP).

 Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2676772009758725>.

 E-mail: prof.thomaskefas@gmail.com.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 3 CONFLITOS EXISTENTES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. 4 MEIOS DE SOLUÇÃO PARA OS CONFLITOS APRESENTADOS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Técnica em Serviços Jurídicos pela ETEC Albert Einstein. Graduanda em Direito pela Faculdades Integradas Campos Salles. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7784956604085797>. E-mail: giulianikolaus54@gmail.com.

² Doutorando em Direito Comercial. Mestre em Direito. Constitucional. Advogado. Consultor Jurídico em Propriedade Intelectual. Pesquisador em Propriedade Intelectual e Proteção de Dados Pessoais (com indicação pelo STJ como referência em LGPD). Autor de obras jurídicas nacionais e internacionais. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2676772009758725>. E-mail: prof.thomaskefas@gmail.com.

RESUMO:

O estudo investiga os conflitos entre o direito fundamental à saúde e as liberdades de expressão e religiosa, com ênfase em como esses direitos são abordados pelo Poder Judiciário no Brasil. A pesquisa explora as implicações desses conflitos, especialmente quando envolvem o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, considerando a função orientadora e protetiva dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico. O trabalho analisa casos emblemáticos, como a recusa de transfusões sanguíneas por Testemunhas de Jeová e a obrigatoriedade de vacinas, destacando a aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy pelo Supremo Tribunal Federal para resolver colisões entre direitos fundamentais. Conclui-se que é necessário um entendimento uniforme e coerente sobre esses casos, assegurando que o direito à vida e à saúde prevaleça sobre as liberdades de expressão e religiosa, especialmente em situações de risco à vida e à saúde coletiva.

Palavras-chave:

Liberdade de expressão. Liberdade religiosa. Direito à saúde. Ponderação de direitos. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT:

The study investigates the conflicts between the fundamental right to health and the freedoms of expression and religion, focusing on how these rights are addressed by the Judiciary in Brazil. The research explores the implications of these conflicts, especially when they involve the right to life and human dignity, considering the guiding and protective function of fundamental rights in the legal system. The paper analyzes emblematic cases, such as the refusal of blood transfusions by Jehovah's Witnesses and mandatory vaccinations, highlighting the application of Robert Alexy's balancing theory by the Supreme Federal Court to resolve collisions between fundamental rights. It concludes that a uniform and coherent understanding of these cases is necessary, ensuring that the right to life and health prevails over the freedoms of expression and religion, especially in situations of risk to life and public health.

Keywords:

Freedom of expression. Religious freedom. Right to health. Balancing rights. Supreme Federal Court.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como temática as limitações ao direito fundamental à saúde ocasionadas pelo exercício da liberdade de expressão e a liberdade religiosa. O principal enfoque da pesquisa é esclarecer como esses conflitos entre direitos fundamentais é visto pelo Poder Judiciário, e qual o melhor caminho para solucionarmos questões que colocam em evidência, cada vez mais, assuntos relacionados à saúde e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A temática abordada terá como pilar basilar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como “constituição cidadã”, por trazer em seu bojo diversos direitos fundamentais. Portanto, a pesquisa será desenvolvida sobre o viés constitucional em relação ao conflito entre direitos fundamentais, e qual o entendimento do Poder Judiciário a respeito das soluções para tal problemática.

A problemática que motiva a presente pesquisa consiste na insegurança jurídica que tais conflitos entre os direitos fundamentais da saúde e das liberdades de expressão e de crença, trazem para a população. Afinal, na maioria das vezes, o que se discute nos conflitos existentes com essas premissas, é o bem jurídico tutelado da vida, bem maior, que o ordenamento jurídico como um todo protege e o assegura a todos.

O ordenamento jurídico para ser eficiente precisa ser necessariamente e fundamentalmente harmônico, o que significa que, quando um legislador edita uma Lei Maior, deve-se atentar para que na sua redação não tenha contradições que poderão colocar em xeque a segurança jurídica. Apesar de toda cautela, quando partimos da esfera teórica para a esfera prática, nos deparamos com diversos conflitos entre direitos legitimados, daí a importância de se discutir os meios para solucionar tais questões, como será abordado adiante na presente pesquisa.

O objetivo do estudo é demonstrar a importância de solucionar os conflitos existentes entre os direitos fundamentais da saúde e das liberdades de expressão e de crença, bem como, evidenciar a necessidade de formalizar um entendimento único sobre os conflitos semelhantes. Afim, de que o bem jurídico tutelado da vida, seja majorado perante os outros, e que seja garantido e assegurado a todos, conforme dispõe a própria Constituição.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e exploratória, utilizando materiais reconhecidos e embaixadores do ordenamento jurídico atual. Além disso, a pesquisa consiste no método dedutivo e método estruturalista, que permitiram esclarecer e pesquisar a fundo os conflitos surgidos atualmente.

O desenvolvimento da pesquisa será dividido em três tópicos, na qual pela ordem serão abordados, os direitos fundamentais e suas classificações, os conflitos existentes com a exteriorização dos direitos fundamentais e por fim, sugiro meios de solução para os conflitos apresentados.

Após esse sucinto introito, o desenvolvimento do estudo trará a conceituação e a importância dos direitos fundamentais, e na mesma medida, a explanação dos conflitos existentes com a prática desses direitos na sociedade. A fim de que, ao final do presente capítulo, seja possível entender a importância de se uniformizar um entendimento sobre o tema, e além disso, a relevância de considerar a vida como o maior bem jurídico tutelado pelo ordenamento, conforme dispõe a Constituição Federal.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente é preciso entender o conceito e a importância dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico como um todo. Uma das principais referências teóricas quando se trata dos direitos fundamentais é o jurista alemão Robert Alexy, que desenvolveu uma sistemática na qual os direitos fundamentais são normas jurídicas especiais, e se dividem em natureza subjetiva ou objetiva.

A dimensão subjetiva consiste na capacidade dos indivíduos ou grupos de exigir ou defender seus interesses perante o Estado ou outros sujeitos, portanto, são posições jurídicas que conferem aos seus titulares prerrogativas, faculdades ou poderes para agir ou reagir em defesa dos seus direitos. Já a dimensão objetiva trata da função ordenadora e orientadora que os direitos fundamentais exercem sobre a sociedade e o ordenamento jurídico como um todo, ou seja, estabelecem os valores e princípios que devem reger a organização e a atuação do Estado, bem como as relações entre os indivíduos e grupos sociais. Importa dizer que as dimensões subjetiva e objetiva não são excludentes ou independentes, e sim, são complementares e interdependentes.

Como exemplo, o direito fundamental à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, sua dimensão objetiva ordena e orienta que o Estado promova políticas públicas de saúde, visando à prevenção, à proteção e à recuperação da saúde da população. Já a dimensão subjetiva permite que os indivíduos ou grupos sociais exijam ou defendam o seu direito à saúde perante o Estado ou outros sujeitos.

A origem dos direitos fundamentais está diretamente ligada a movimentos históricos de resistência ao absolutismo e afirmação dos ideais de liberdade, igualdade e democracia. Portanto, os direitos fundamentais surgiram como um mecanismo de limitação ao poder estatal, com o objetivo de garantir aos indivíduos os direitos naturais, como a vida, a propriedade e a segurança.

A primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais corresponde aos direitos civis e políticos, surgiram no século XVIII, visando garantir a liberdade dos indivíduos contra as ingerências e abusos do Estado. São exemplos: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das comunicações, à liberdade de expressão, de reunião, de associação, de religião, entre outros.

Com o passar do tempo, surgiu a necessidade de ampliar e diversificar os direitos fundamentais, incorporando novas demandas e conflitos sociais, políticos e culturais existentes. Assim, surge no século XX com o Estado Social, os direitos fundamentais de segunda geração, que corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais. Esses direitos exigem do Estado uma atuação positiva para assegurar as condições mínimas de bem-estar social e desenvolvimento humano. São exemplos: o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência social, à assistência social, à cultura, ao lazer, entre outros.

A terceira geração dos direitos fundamentais corresponde aos direitos de solidariedade ou fraternidade, surgiram no século XX com a globalização e avanço da consciência ecológica. Esses direitos visam garantir a dignidade humana de uma perspectiva coletiva, são exemplos: o direito ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento sustentável, à paz, à autodeterminação dos povos, à cooperação internacional, entre outros.

A quarta geração surge no final do século XX e início do século XXI com os avanços tecnológicos e científicos, referem-se aos direitos à biotecnologia e à informática. Esses direitos visam proteger a identidade genética e a privacidade dos indivíduos diante das possibilidades de manipulação e intervenção da vida humana. São exemplos: à bioética, à biodiversidade, à segurança alimentar, à proteção dos dados pessoais, ao acesso à informação, entre outros.

A quinta geração corresponde aos direitos relacionados à democracia participativa e ao pluralismo jurídico, desenvolvidos no século XXI com a crise do Estado-Nação e a emergência de novos sujeitos e espaços políticos. Esses direitos visam garantir a ampliação da cidadania e da diversidade cultural dos indivíduos nas demandas participativas. São exemplos: o direito à democracia direta, à democracia deliberativa, à democracia digital, ao pluralismo jurídico, à interculturalidade, entre outros.

Essas gerações dos direitos fundamentais não devem ser entendidas como excludentes ou sucessivas, mas sim como fases complementares e cumulativas. Portanto, os direitos de primeira geração não são menos importantes e menos válidos do que os direitos de segunda, terceira, quarta e quinta geração. Dessa forma, os direitos fundamentais se somam e se harmonizam entre si, formando um sistema coerente e integrado, para a promoção e proteção dos valores e princípios essenciais para a vida humana.

Além dessa forma de categorização, há a divisão que baseia os direitos fundamentais em individuais, coletivos, difusos e sociais, previstas no artigo 5º, no caput e nos incisos I a LXXVIII, da Constituição Federal. Os direitos individuais são aqueles que pertencem a cada pessoa em particular, como o direito à vida, à igualdade, à propriedade, entre outros. Os direitos coletivos são aqueles que pertencem a grupos determinados de pessoas, como o direito de greve, direito de sindicalização, o direito de ação coletiva, entre outros. Os direitos difusos são aqueles que pertencem a grupos indeterminados de pessoas, como o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao patrimônio histórico e cultural, o direito ao consumidor, entre outros. Por fim, os direitos sociais são aqueles que pertencem a todos os

indivíduos e grupos sociais, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde, à previdência social, à assistência social, à cultura, ao lazer, entre outros.

Essas classificações dos direitos fundamentais não são absolutas nem definitivas, podendo ser modificadas ou ampliadas de acordo com as mudanças sociais e culturais históricas sofridas pela sociedade.

As características constitutivas dos direitos fundamentais são a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a indivisibilidade e a interdependência. Que significam que os direitos fundamentais são, para todos os seres humanos, independentemente de qualquer condição ou circunstância, nacionalidade, raça, sexo, religião etc.; eles não se extinguem com o decurso do tempo; eles não podem ser perdidos, transferidos ou renunciados por seus titulares; eles não podem ser negados ou violados pelo Estado ou por terceiro; e que eles estão interligados e se reforçam mutuamente.

As funções dos direitos fundamentais dividem-se em quatro: a função defensiva, que consiste em assegurar aos indivíduos uma autonomia perante as intervenções estatais ou privadas; a função prestacional, que implica na obrigação do Estado de promover as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos fundamentais pelos seus titulares; a função participativa, que consiste na possibilidade dos indivíduos influenciarem nas decisões políticas que afetam os seus interesses; e a função protetiva, que trata da responsabilidade do Estado de prevenir e reparar as violações de direitos cometidas.

Ainda, a relação entre os direitos fundamentais e os demais ramos do direito possui três características, sendo a supremacia, complementaridade e integração. A supremacia diz respeito a posição hierárquica superior que os direitos fundamentais têm sobre as normas jurídicas, portanto, os direitos devem prevalecer em casos de conflitos ou contradições. A complementaridade dos direitos fundamentais diz que eles devem ser interpretados e aplicados de forma harmoniosa e coerente com as demais normas jurídicas, a fim de evitar lacunas ou contradições. A integração dos direitos fundamentais diz respeito a influência recíproca que eles exercem sobre os demais ramos do direito, contribuindo para a atualização e aperfeiçoamento deles.

Assim como as normas jurídicas, os direitos fundamentais devem ser válidos, ou seja, devem estar em conformidade com a Constituição, leis e tratados internacionais, e devem ser eficazes quando colocados em prática, mas nem sempre isso ocorre. Constantemente, há uma divergência entre o que está previsto nas normas e o que acontece na realidade, surgindo assim, situações de inconstitucionalidade ou de inefetividade dos direitos fundamentais.

Outro aspecto são as relações dos direitos fundamentais que podem ser tanto na esfera privada, envolvendo pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, como até mesmo a relação com os poderes públicos, que são o Executivo, o Legislativo ou o Judiciário, nessa relação os direitos fundamentais desempenham um papel prestacional, obrigando os poderes públicos de promover condições para a efetivação desses direitos. Por fim, existe também a relação entre os direitos fundamentais e os conflitos sociais, que podem envolver questões de

ordem política, econômica, cultural etc., que implica na harmonização dos direitos fundamentais com os interesses públicos, quando houver colisão entre eles.

3 CONFLITOS EXISTENTES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy se baseia em dois conceitos centrais: o conceito de norma e o conceito de princípio. Para Alexy, normas são expressões de um dever ser, que podem ser divididas em regras e princípios. Sendo as regras, normas que devem ser cumpridas de forma exata, e os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Os princípios podem entrar em conflito entre si, e para isso, Alexy propôs o método da ponderação, para resolver tais colisões. A ponderação consiste em atribuir pesos aos princípios em conflito, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, e verificar qual deles deve prevalecer sobre o outro. A ponderação é sempre guiada pela proporcionalidade, exigindo que a restrição a um princípio seja sempre adequada, necessária e proporcional.

O Supremo Tribunal Federal (STF) guardião da Constituição Federal e dos direitos fundamentais, utiliza a teoria de Alexy e o seu método da ponderação para resolver os casos complexos e polêmicos. Isso ocorre porque a teoria dos direitos fundamentais de Alexy tem uma grande relevância para analisar casos práticos, pois ela oferece uma metodologia mais racional e transparente para fundamentar as decisões que envolvem os direitos fundamentais.

Como já adiantado, existem inúmeros casos de colisão entre direitos fundamentais, porém, o presente trabalho terá como enfoque os casos em que de um lado está a liberdade de expressão e liberdade religiosa, e do outro, o direito fundamental à saúde, como será abordado adiante.

A saúde é um direito fundamental disposto no art. 6º da Constituição Federal, já a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, estão dispostas no artigo 5º, IV e VI, respectivamente, da Constituição Federal. Ainda, para iniciar a problemática trazida pelo presente, devemos entender que o Brasil não adota nenhuma religião oficial, e, portanto, é um Estado laico, que promove e protege a liberdade religiosa. Sabendo-se disso, o problema encontrado é quando essa laicidade colide com o exercício de outro direito fundamental, como veremos a seguir.

É comum na justiça nos depararmos com diversos casos em que algumas religiões, aqui citarei o exemplo das testemunhas de Jeová, seguem uma doutrina religiosa na qual não podem se submeter ao procedimento de transfusão sanguínea, ainda que isso custe suas vidas. Os casos são tão recorrentes que a questão chegou ao STF e será analisada no âmbito do Recurso Extraordinário (RE) 1212272, que, por unanimidade, teve repercussão geral reconhecida no Plenário Virtual.

Até os dias atuais em que escrevo esse capítulo, o STF ainda não consolidou um entendimento sobre casos como esse, o que se utiliza como embasamento são os Enunciados 403 e 528 do Conselho da Justiça Federal, o enunciado 403 do CFJ diz que:

"o direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no artigo 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante". Já o enunciado 528 dispõe que "é válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado 'testamento vital', em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade".

Diante disso, sabe-se que atualmente a inviolabilidade da liberdade de consciência e crença é considerada hierarquicamente superior ao direito à saúde, entretanto, esses casos ainda possuem uma grande divergência de entendimentos, onde alguns acham que a vida é o bem maior, e outros acham que no conflito entre o direito à vida e à liberdade, o titular dos direitos é quem deveria escolher qual prevalecer. Ainda, se levanta a questão de respeitar a liberdade religiosa mesmo nos casos de perigo de vida sem a possibilidade de tratamento alternativo.

Evidencio, contudo, que esses casos são ainda mais emblemáticos quando envolvem algum menor. Como de praxe, os pais e a família influenciam muito na vida dos seus filhos, muitas vezes para além da maioridade. Ocorre, porém, que frequentemente os filhos estão deixando de seguir os ensinamentos religiosos dos pais, e isso naturalmente ocorre por conta de uma evolução geracional, que faz surgir novos pensamentos do que foi ensinado na infância.

Diante desse cenário, quando um menor precisa de uma transfusão sanguínea, porém seus pais seguem uma religião que impede essa prática, questiona-se, como fica o direito à saúde desse indivíduo, conseqüentemente, como fica o seu direito à vida, paralelamente, como fica a sua liberdade de crença caso queira ir contra a doutrina religiosa de sua família e aceitar o tratamento com transfusão sanguínea. São questões que nos fazem debater frequentemente sobre a supremacia do direito à vida e à saúde, perante o direito da liberdade de crença.

Ocorreu um caso em Goiânia, onde uma recém-nascida prematura recebeu transfusão sanguínea mesmo contra a vontade dos pais. Essa foi a decisão do juiz Clauber Costa Abreu, da 15ª Vara Cível e Ambiental, que deferiu a liminar, autorizando o procedimento a pedido da maternidade. Na decisão ele destacou que o direito à crença religiosa não deve se sobrepor à vida da criança. Segundo ele:

Ainda mais quando a fé professada pelos pais põe em risco a integridade física do filho incapaz, que não é apto a decidir por si. No caso concreto, a criança que se pretende proteger não detém capacidade civil para expressar sua vontade, pois ainda não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade.

Ainda, há que se falar no direito dos médicos, como no caso concreto que ensejou o RE 1212272, onde a paciente foi encaminhada para a realização de uma cirurgia de substituição da válvula aórtica, e por ser testemunha de Jeová, decidiu fazer o procedimento sem transfusões de sangue de terceiros (sangue alogênico). Entretanto, a equipe médica do hospital condicionou a cirurgia à assinatura de termo de consentimento para eventuais transfusões. A Turma Recursal dos Juizados Federais da Seção Judiciária de Alagoas manteve a decisão de primeira instância e negou o pedido da paciente para realizar a cirurgia sem transfusão sanguínea, fundamentando de que não existem garantias técnicas de que a cirurgia possa ocorrer sem riscos.

Com isso, nos autos do Recurso Extraordinário citado, a paciente alega que a exigência de consentimento prévio para a realização de transfusões sanguíneas como condição para a realização da cirurgia, ofende o seu direito à saúde e a sua liberdade religiosa. Alegou, ainda, que o direito à vida não é absoluto e que há hipóteses constitucionais em que se admite sua flexibilização.

Sobre esse emblemático caso, inicialmente ressalto que como bem alegado pela paciente no âmbito do RE 1212272, o direito à vida não é absoluto, ele pode sofrer algumas restrições a depender da situação e do caso legal. Em contrapartida, essas restrições precisam ser expressas em lei e são situações muito particulares, como por exemplo, a pena de morte em casos de guerra, legítima defesa e estado de necessidade (a depender da proporcionalidade), o aborto legal, entre outras.

Ocorre, porém, que as situações acima são de caráter emergencial ou de extrema necessidade, e muitas das vezes protegem o direito à vida da outra parte, como por exemplo os casos de legítima defesa ou estado de necessidade, em que um indivíduo mata o outro, por ter seu direito à vida em risco. Portanto, entendo que comparar casos de extrema necessidade e urgência, com o caso de negar a realização de cirurgia com transfusão sanguínea, é uma comparação descartável, já que tratam de situações diferentes.

Além disso, as restrições ao direito à vida só ocorrem quando há colisão com o mesmo bem jurídico ou com outros direitos de peso relativamente maior, o que a meu ver, não ocorre quando se trata da liberdade religiosa. Entendo que é necessário sempre assegurar a liberdade de crença a todas às pessoas, e isso ocorre quando existem tratamentos alternativos para a realização de um procedimento cirúrgico sem o uso da transfusão sanguínea. Entretanto, quando não há tratamento alternativo e é posto na balança o direito à vida e a liberdade religiosa, entendo que o maior bem jurídico tutelado é a vida, e deve ser assegurado e protegido pelo direito à saúde.

Dessa forma, é importante ressaltar que o direito à vida é garantido constitucionalmente e pressupõe não apenas o direito de existir biologicamente, mas sim, o direito de existir com autonomia, liberdade e dignidade. Sabendo-se disso, coloca-se em evidência o direito médico em recusar realizar procedimento cirúrgico sem o uso de transfusão sanguínea, como se sabe, o Código Penal dispõe no seu artigo 135 que configura crime de omissão, deixar de prestar assistência em caso grave ou iminente perigo de morte. Em contrapartida, existem precedentes que asseguram uma prerrogativa médica em deixar de agir quando o paciente não aceita se submeter a procedimentos essenciais ao tratamento.

É importante ressaltar que os casos aqui tratados se referem a situações em que não há tratamento alternativo e o procedimento de transfusão sanguínea é fundamental para manter a vida do paciente. Portanto, não incluem cirurgias eletivas, em que o paciente pode escolher os tratamentos a serem nele realizados. Além disso, evidencio que a medicina sem sangue já é uma realidade no cenário mundial, o Programa de Gerenciamento do Sangue do Paciente (*em inglês PBM – Patient Blood Management*) tem mudado a forma como o sangue é administrado, utilizando de técnicas que usam o próprio sangue do paciente para tratamento.

Dessa forma, os casos aqui tratados não refletem as situações acima, e, portanto, existe a evidente necessidade de se consolidar um entendimento que equilibre a vontade pessoal religiosa com os limites médicos possíveis, respeitando sempre os dispositivos constitucionais.

No mesmo sentido, com a pandemia da covid-19 que assolou o mundo em 2020, ganhou relevância o debate sobre a obrigatoriedade das vacinas. Muitas pessoas deixaram de se vacinar, ou de vacinar seus filhos e parentes, por não acreditarem no imunizante das vacinas ofertadas, ou por motivos religiosos, filosóficos, morais ou existenciais. Com isso, a recorrência de casos como esse, fizeram surgir no STF a discussão sobre a constitucionalidade da obrigatoriedade da vacina.

A complexidade dos casos que envolvem as vacinas vai além do âmbito pessoal e individual, pois afeta diretamente a saúde coletiva da sociedade como um todo, ou seja, a escolha de se vacinar ou não, não afeta tão somente a saúde do indivíduo, mas sim, de todos ao seu redor. É o mesmo entendimento do ministro Lewandowski, no seu voto a respeito da constitucionalidade da obrigatoriedade da vacina de covid-19, segundo ele *“a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas, acreditando que, ainda assim, serão egoisticamente beneficiárias da imunidade de rebanho”*.

Dessa forma, o STF tem entendido que o direito à saúde coletiva, principalmente das crianças e dos adolescentes, deve prevalecer sobre a liberdade de consciência e de convicção filosófica. Fundamentam a decisão informando que é ilegítimo que, em nome de um direito individual, frustre-se o direito da coletividade.

4 MEIOS DE SOLUÇÃO PARA OS CONFLITOS APRESENTADOS

Ante todo o exposto, é possível entender que embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais, como nos casos da vacinação obrigatória.

O STF fixou a seguinte tese de repercussão geral no ARE 1267879:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar.

Dessa forma, o STF entendeu que é constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacinas, sendo que, a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, sendo facultado ao usuário recusar a imunização, porém o Estado pode, contudo, implementar a vacinação por meio de medidas indiretas, como a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei ou dela decorrentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações, e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente, como no caso da vacina de covid-19.

Já para os casos de transfusão sanguínea, entendo que seja necessário enfrentarmos os casos sob a mesma ótica que os demais, afinal, quando uma pessoa deixa de receber um tratamento, por conta de uma convicção religiosa ou filosófica, ela está indiretamente renunciando do seu direito à saúde, que conseqüentemente afeta o seu direito à vida.

Dessa forma, é preciso usar o método da ponderação para os casos supramencionados, utilizando da premissa de que o maior bem jurídico tutelado é a vida, protegido e assegurado pelo direito fundamental à saúde, sendo assim, deve prevalecer sobre outro e qualquer direito, como o direito da liberdade de expressão e da liberdade religiosa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É de extrema importância que o STF uniformize um entendimento sobre casos como esses que trouxe nesse capítulo, afinal, deixar com que cada caso seja tratado por uma ótica diferente, traz uma enorme insegurança jurídica para a sociedade e o ordenamento jurídico como um todo. É direito dos médicos e dos seguidores da religião testemunha de

Jeová, bem como, é direito de todos, saberem como situações emergenciais médicas serão tratadas e qual o melhor caminho para equilibrar ambos os lados.

REFERÊNCIAS

DROPA, Romualdo Flávio. **Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. 1ª edição. Ponta Grossa – PR. Ed. do Autor, 2022.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Editora Companhia de Bolso, 10 de maior de 2010.

XAVIER, Renan. **Testemunha de Jeová tem direito de não se submeter a transfusão**. Consultor Jurídico, 10 de junho de 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jun-10/testemunha-jeova-direito-nao-submeter-transfusao/#:~:text=Ele%20considera%20como%20%22repulsiva%20e,o%20m%C3%A9todo%20a%20um%20estupro.>

MOREIRA, Carlos Augusto Gonçalves. **A colisão entre direitos fundamentais e formas de solucionar a questão juridicamente**. JusBrasil, publicado há 5 anos. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-colisao-entre-direitos-fundamentais-e-formas-de-solucionar-a-questao-juridicamente/753860712>.

STF. **Supremo irá decidir se testemunhas de Jeová podem exigir procedimento médico sem transfusão de sangue**. 31 de outubro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=428627&ori=1>.

RE 1212272, disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5703626>.

MORENO, Sayonara. **STF discute limites de escolha de pacientes para transfusão de sangue**. Radio Agência, 02 de novembro de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/saude/audio/2021-10/stf-discute-limites-de-escolha-de-pacientes-para-transfusao-de-sangue#:~:text=Os%20seguidores%20da%20religi%C3%A3o%20Testemunha,com%20a%20vida%20em%20risco.>

LIMA DE SÁ, Fabiana Costa. **A liberdade religiosa e a transfusão de sangue nas testemunhas de Jeová**. Artigo, disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18833/%27%27A_Liberdade_Religiosa_e_a_Tra%20nsfus%C3%A3o.pdf.

CONJUR. **Contra a vontade dos pais Testemunhas de Jeová, juiz autoriza transfusão de sangue**. Artigo, 12 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-12/juiz-autoriza-transfusao-crianca-vontade-pais/>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Obrigatoriedade de vacinas é alvo de debate nos três poderes da República.** Artigo, 20 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/701491-OBRIGATORIEDADE-DE-VACINAS-E-ALVO-DE-DEBATE-NOS-TRES-PODERES-DA-REPUBLICA>.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

STF. **Plenário decide que vacinação compulsória contra Covid-19 é constitucional.** Artigo, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457462&ori=1>.

MARQUES, Fernanda. **Artigo analisa decisões do STF sobre vacinação obrigatória.** Artigo, 30 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/artigo-analisa-decisoes-do-stf-sobre-vacinacao-obrigatoria/>.

VALENTE, Fernanda. **Vacinação obrigatória é constitucional.** Artigo, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-17/stf-decide-vacinacao-obrigatoria-constitucional/>.

JusBrasil. **O direito à vida é um direito absoluto?** Artigo, publicado há 4 anos. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/o-direito-a-vida-e-um-direito-absoluto/923071649#:~:text=Apesar%20de%20sua%20import%C3%A2ncia%20e,no%20seu%20%C3%A2mbito%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o>.

ROLLEMBERG, Bruno. **Sou Médico e o Paciente Testemunha de Jeová Recusa a transfusão de Sangue: E Agora?** Artigo, publicado há 4 anos. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/sou-medico-e-o-paciente-testemunha-de-jeova-recusa-a-transfusao-de-sangue-e-agora/830000730>.

FRANCO, Elaine Cristine. **Direito de recusa de Transfusão de Sangue.** Artigo, publicado há 5 anos. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/direito-de-recusa-de-transfusao-de-sangue/640178941#:~:text=Portanto%2C%20vida%20sem%20dignidade%20n%C3%A3o,tera%20%C3%AAuticas%20a%20serem%20nele%20realizados>.

Publicação. **Médico pode negar cirurgia sem transfusão?** Publicado no dia 16 de agosto de 2017. Disponível em: <https://pauloleitao.com.br/cirurgia-negada-por-negativa-de-transfusao/>.