



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Henrique Seganfredo

SUCCESSÃO DIGITAL

Brasília
2017

Henrique Seganfredo

SUCCESSÃO DIGITAL

Monografia apresentada na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) como requisito necessário à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora M.e Renata Malta Vilas-Bôas

Brasília
2017

Henrique Seganfredo

SUCESSÃO DIGITAL

Monografia apresentada na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) como requisito necessário à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora M.e Renata Malta Vilas-Bôas

Brasília, de de .

Banca examinadora

Prof. (Nome Completo), Dr./M.e

Prof. (Nome Completo), Dr./M.e

Prof. (Nome Completo), Dr./M.e

Brasília
2017

Dedico este trabalho ao meu falecido pai,
Ciro Antonio Seganfredo, pelo exemplo de
perseverança na busca do conhecimento
e da compreensão do mundo.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus amigos, colegas e familiares, pelo apoio e incentivo para que eu concluísse minha graduação em Direito, entendendo minha ausência nos momentos mais difíceis e atribulados da faculdade.

À minha mãe, Leonilda, que sempre me estimulou a confiar em meus talentos e capacidades, trazendo importantes questionamentos sobre a vida e, por que não dizer, sobre nossos direitos e deveres.

À minha noiva Aline, pelo carinho e respeito, e por compreender minha ausência na fase de conclusão deste trabalho.

Aos meus irmãos e sobrinhos, pelos momentos de alegria compartilhados, tornando meus dias mais leves e fáceis.

À minha orientadora, Renata Malta Vilas-Bôas, pela autonomia concedida quanto à temática e à linha argumentativa presentes na monografia.

Aos professores da banca, por aceitarem meu convite e estarem presentes em um momento de grande realização pessoal.

Não existe o que panoramicamente vemos no céu. Continuamos a admirar o que desapareceu e poderíamos não ver ainda o que lá está. A diferença, não da velocidade, mas das distâncias, concorre para esta admirável ilusão, que é o firmamento. ¡Ver o que passou e não ver ainda o que já existe !

(Francisco C. Pontes de Miranda)

RESUMO

O presente trabalho propõe uma discussão teórica e prática sobre Sucessão Digital, motivada, sobretudo, pelos raros manuais que abordam do tema e da inexistência de norma brasileira que o regule. As inovações e transformações sociais advindas com o surgimento e adoção da *Internet* tem acarretado conflitos entre entes privados, especialmente no tratamento dos bens digitais digital do *de cuius*. A partir dos diplomas vigentes, o autor aborda a autonomia e o contexto do Direito Digital, e tece uma breve análise do Direito das Sucessões no Brasil. Dado o destaque para casos polêmicos de tentativa de transmissão desse acervo incorpóreo, o autor analisa projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, verificando a real necessidade de normatização para esse assunto frente ao fenômeno da “sucessão digital”, se tais iniciativas são adequadas ao tema e qual sua influencia no ordenamento jurídico brasileiro. Em vista do caráter altamente disruptivo introduzido por inovações tecnológicas como essa, o autor investiga o recente marco legal de outros países para servir de referencial.

Palavras-chave: Sucessão. Direito das Sucessões. Direito Digital. Inovação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	15
2 DIREITO, INOVAÇÃO E TECNOLOGIA	17
2.1 DA INOVAÇÃO, SEU DESCONHECIMENTO E O IMPACTO NO DIREITO.....	18
2.2 DA REGULAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA	23
2.3 DO DIREITO DIGITAL.....	26
2.3.1 INTRODUÇÃO	27
2.3.2 DO ESPAÇO	29
2.3.3 DO TEMPO.....	31
2.3.4 DA NATUREZA	32
2.3.5 CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA	35
2.3.6 DA AUTONOMIA.....	36
2.3.7 DA INTERDISCIPLINARIEDADE	38
2.3.7.1 DIREITO CONSTITUCIONAL.....	39
2.3.7.2 DIREITO DO CONSUMIDOR	43
2.3.7.3 DIREITO DO TRABALHO	44
2.3.7.4 DIREITO PENAL	45
2.3.7.5 DIREITO CIVIL.....	47
2.3.7.5.1 DIREITO DAS SUCESSÕES.....	49
3 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	51
3.1 INTRODUÇÃO	51
3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	55
3.3 BASE CONSTITUCIONAL.....	58
3.4 A ABERTURA DA SUCESSÃO	59
3.5 HERANÇA.....	62
3.5.1 INDIVISIBILIDADE.....	65
3.5.2 CONTEÚDO	68

3.5.2.1 BENS AFETIVOS.....	72
4 A SUCESSÃO DIGITAL.....	77
4.1 INTRODUÇÃO.....	77
4.1.1 BENS DIGITAIS.....	80
4.2 CASOS REAIS	87
4.3 A AUTORREGULAMENTAÇÃO.....	92
4.4 A INICIATIVA LEGISLATIVA.....	96
4.4.1 O MARCO CIVIL DA <i>INTERNET</i>	96
4.4.2 A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS.....	99
4.4.3 A LEI DE HERANÇA DIGITAL	106
4.4.4 ANÁLISE DO MÉRITO DAS PROPOSIÇÕES.....	111
4.5 A PRIVACIDADE <i>POST MORTEM</i> E O DIREITO SUCESSÓRIO	116
4.6 O DIREITO COMPARADO	119
4.6.1 EUROPA	119
4.6.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	124
5. CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	137

1 INTRODUÇÃO

Existe uma imensa dificuldade em criar uma legislação para gerenciar um problema que ninguém entende por completo. A rede mundial de computadores, a *Internet*, acaba de forma casuística ou pelo destino, sendo objeto de inúmeras normas nacionais e internacionais por vezes ultrapassadas, seja pelo tempo, seja pela carga dogmática que trazem. De forma análoga, as mídias e redes sociais emergiram como uma das formas de utilização da *Internet* e até hoje não são bem compreendidas – e são alvos das mesmas normas.

O fenômeno do espaço cibernético trouxe avanços notáveis à sociedade, mas dividiu o mundo em aqueles que o assimilaram no seu dia-a-dia, e aqueles que talvez nunca consigam superar a barreira de mínima utilização. Mesmo assim, esses dois mundos, separados pela rapidíssima e desconhecida expansão dos dados, devem igualmente confrontar o dilema da herança digital.

Os “nativos digitais”¹ aprendem digitalmente, estabelecem relacionamentos digitalmente e gastam dinheiro digitalmente. Muitos são mais ativos no mundo virtual que no real. Apesar disso, um dia essas pessoas falecerão no mundo real – a questão é se e como eles falecerão na *Internet*. Eis o fenômeno da sucessão digital.

Indutivamente, serão pesquisadas e identificadas as facetas desse fenômeno, sendo colecionadas de modo a ter uma percepção geral. Na investigação será feita pesquisa legislativa e doutrinária, local e estrangeira, de aspectos destacados.

No capítulo inaugural, o autor abordará as idiosincrasias do conflito hoje vivido entre a inovação – tecnológica e social - e o Direito. Introduzirá também ao novel Direito Digital: o que é, para que serve, qual a base principiológica e por onde se espraia e como presta auxílio na ciência jurídica. Verificada sua autonomia e instrumentalidade. Tecer-se-á uma breve sistematização da sua presença em relação às diferentes disciplinas do direito, o que pode colaborar com o tema escopo da presente monografia.

¹ Termo cunhado por John Palfrey e Urs Gasser in PALFREY, John; GASSER, Urs. **Born Digital: Understanding the First Generation of Digital Natives**. New York: Basic Books, 2008. 288 p.

Sem olvidar da base de toda a discussão, em capítulo próprio será feito um breve passeio na seara do Direito das Sucessões e do tratamento em casos de transmissão de acervo.

No 3º capítulo, ao constatar a área de confluência do Direito Digital e o Direito das Sucessões, será aprofundada a questão do bem digital e sua valoração, observando casos reais onde uma regulação mais efetiva pareceu ser necessária, e o reativo esforço autorregulatório de alguns agentes do mercado ao tratar do tema, oferecendo soluções que podem ser suficientes e desencorajadoras de intervenção estatal.

Observando o quadro regulatório existente, será abordado o Marco Civil da Internet e o anteprojeto da Lei de Proteção de Dados Pessoais, com o propósito de verificar se alguma atenção é dada ao tema da herança digital, e em caso positivo, se existe algum parâmetro interpretativo a ser seguido. Partindo disso, é oportuna a análise das iniciativas legislativas em trâmite no Congresso Nacional, que visam tratar do suposto problema e os possíveis efeitos reflexos de sua aplicação, numa visão crítica quanto ao seu conteúdo, especialmente no tocante à privacidade.

Inteirando a compreensão do tema, o autor confrontará o problema inicialmente disposto com as medidas adotadas em outros países, procurando as motivações, os conceitos, procedimentos e conflitos surgidos, numa tentativa de vislumbrar um norte de tratamento à questão.

2 DIREITO, INOVAÇÃO E TECNOLOGIA

O avanço crescente das inovações tecnológicas tem ocasionado novas configurações nas relações sociais e acarretado alguns riscos, sobretudo em relação à privacidade e segurança, originando conflitos que demandam a tutela jurisdicional. Não raro, mesmos indivíduos bem-intencionados, por uma falta de compreensão e da responsabilidade que se impõe, acabam por violarem direito alheio, gerando prejuízos de ordem moral e material. Portanto, é essencial abordar as novas possibilidades advindas do avanço tecnológico, cabendo ao Direito adequar-se às novas necessidades, atualizando legislações e, se for o caso, instituindo novos diplomas.

Neste contexto, o profissional do Direito deve atentar-se à frágil fronteira que existe entre o mundo digital e o real - percepção ausente para muitos. Nessa nova vida em sociedade, o homem, gregário como é, expõe-se em novas comunidades graças às inúmeras formas de conectividade disponíveis. Nesse “espaço cibernético”², novos comportamentos geradores de conflitos carecem de solução quando os costumes, a analogia e o Direito Natural não trazem resposta - o que cria uma situação de anomia³ informática ou digital, que eleva a ciência jurídica a um papel minimizador dos danos inevitavelmente acarretados pelo progresso.

² Termo referido originalmente por William Gibson no livro de ficção científica *Neuromancer*, lançado em 1984, cujo enredo ocorre num futuro próximo, quando o sistema de telefones do mundo é ultrapassado por "Matrix", a soma de todas as interconexões de todas as redes de computadores, e onde *hackers* - entidades que substituem aos governos - desenvolvem as mais diversas atividades num cenário que não tem existência física (GIBSON, William. **Neuromancer**. 2ª ed. [s/l]: Aleph, 2003). A propósito, ainda, veja-se Ricardo Lobo Torres (*O espaço público, o espaço cibernético e a interpretação constitucional*), *in verbis*: "Espaço cibernético ou *cyberspace* é expressão recentemente criada pelo romancista William Gibson. Deriva de cibernética, palavra de origem grega empregada por N. Wiener, que, significando a arte do piloto ou daquele que governa ou regula um sistema ou máquina, se transforma no estudo da informação e da possibilidade de compreender a comunicação entre homens e máquinas. Espaço cibernético, por conseguinte, é aquele no qual se dá o relacionamento fundado na troca de informações transmitidas pelos servomecanismos. É um espaço virtual, 'um fantasma', que não existe fisicamente, mas reproduz o espaço existencial. O espaço cibernético, enfim, é o que foi desvendado pelos computadores, redes de informática e Internet" (TORRES, Ricardo Lobo. *O espaço público, o espaço cibernético e a interpretação constitucional*. **Direito Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 11, p.179-194, 1997. Ago./dez..).

³ Segundo a concepção de Émile Durkheim, o conceito de anomia expressa a crise, a perda de efetividade ou o desmoronamento das normas e dos valores vigentes em uma sociedade, como consequência do seu rápido e acelerado desenvolvimento econômico e de suas profundas alterações sociais que debilitam a consciência coletiva, entendida como uma espécie de poder regulador necessário que serve de moderador aos ilimitados apetites e expectativas individuais, viabilizando-as em um contexto que mantenha o equilíbrio e a harmonia. DURKHEIM, Émile. **Filosofia moral**, - 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

A sociedade da informação⁴, sucessora da revolução industrial como modelo econômico, evidencia o conhecimento como bem maior, imaterial. Nessa nova economia novos hábitos surgem e exigem a compreensão – uma nova carga de conhecimento - das instituições, sejam públicas ou privadas, para o cumprimento pleno de suas funções. Testemunhamos, portanto, uma época de “revolução informacional”⁵ que exige uma nova forma de se pensar e “fazer” o Direito.

2.1 DA INOVAÇÃO, SEU DESCONHECIMENTO E O IMPACTO NO DIREITO

Em nota introdutória que consta em obra sinônima a este capítulo, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre Zavaglia Pereira Coelho enunciam que “Direito, inovação e tecnologia constituem uma tríada indissociável”⁶, tendo a ciência jurídica resistido a desenvolver seu papel preventivo, de controle e acompanhamento das inovações, de forma abrangente e sistemática. Para os autores, o Direito contenta-se atualmente a dizer o que é justo ou injusto, ou a delinear limites do que seria uma decisão judicial legítima, mas não tem participado da solução dos problemas sociais advindos do processo de inovação tecnológica.

Citando Wolfgang Hoffman Riem, entendemos que inovações “são consideradas melhorias significativas e sustentáveis, que contribuem para lidar com a gestão de conhecidos ou novos problemas”⁷, inerentes a todas as sociedades modernas, onde se sucede uma transformação contínua, social, econômica e

⁴ Para conceituação e melhor entendimento das mudanças advindas da Sociedade da Informação, refira-se a Tadao Takahashi (*Sociedade da informação no Brasil*), *in verbis*: “Rapidamente nos adaptamos a essas novidades e passamos – em geral, sem uma percepção clara nem maiores questionamentos – a viver na Sociedade da Informação, uma nova era em que a informação flui a velocidades e em quantidades há apenas poucos anos inimagináveis, assumindo valores sociais e econômicos fundamentais.” (**Sociedade da informação no Brasil : livro verde** / organizado por Tadao Takahashi. – Brasília : Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. xxv, p. 3).

⁵ A revolução da atualidade é a informacional, onde a nova forma de trabalho assalariado dominante é a do trabalhador do conhecimento - num cenário de domínio da tecnologia da informação e aceleração das inovações tecnológicas – cuja origem “nasce da oposição entre a revolução da máquina-ferramenta, fundada na objetivação das funções manuais, e a revolução da automação, baseada na objetivação de certas funções cerebrais desenvolvidas pelo maquinismo industrial” (LOJKINE, Jean. **A Revolução Informacional**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002, p. 14).

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P.. **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva 2015, p. 7.

⁷ HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. 1, p. 11.

tecnológica. Nisso, não há como não olvidar do triunfo da *Internet*⁸, que causa reação das pessoas individualmente, das empresas e do Estado, e que foi apontada como a “mais influente inovação do século XX”⁹, em citação de Fred H. Cate trazida por Laura Schertel Mendes, devido ao fato de ter concebido a “possibilidade prática de se criar, manipular, armazenar, transmitir e unir informação digital”¹⁰.

Ao lidarem com desafios e problemas de diferentes sociedades, as inovações tecnológicas demandam respostas de diversas áreas do conhecimento, incluindo o Direito. Nesse sentido, o primeiro questionamento é em que extensão o Direito pode ou deve exercer influência sobre esse processo, sempre em vistas de conduzir a fins socialmente desejáveis. Essa “perspectiva jurídica”, típica dos operadores do Direito, preocupa-se em contribuir para a produção dos efeitos desejáveis, e se possível, afastar os indesejáveis, transmutando a ciência jurídica numa “ciência do controle”¹¹

É imperativo destacar o papel negligenciado ao Direito no campo da pesquisa em inovação, dominada por tecnólogos, cientistas políticos e sociólogos. Disso, pode-se entender como inovação do próprio Direito esta “nova” atuação, dada sua capacidade de promover ou inibir a inovação, seja no seu desenvolvimento, ou em sua utilização. Nesse caso, a pesquisa jurisprudencial, no sentido de ciência de Direito e das leis, seria uma importante etapa para aferir a importância do Direito em processos de inovação e como instrumento que oriente ações a serem desenvolvidas.

No entanto, a mera tradução para “inovação tecnológica” não exprime o alcance desse processo muitas vezes disruptivo, causador de efeitos colaterais que também atinge a sociedade, ou seja, uma “inovação social”.

⁸ *Internet* é uma rede de computadores dispersos por todo o planeta que trocam dados e mensagens utilizando um protocolo comum, unindo usuários particulares, entidades de pesquisa, órgãos culturais, institutos militares, bibliotecas e empresas de toda envergadura. A sua dimensão global é a especial característica que a define como Internet (repare o 'I' maiúsculo) “O sistema resultante de redes físicas conectadas é conhecido como inter-redes ou internet. A ligação inter-redes é bastante geral. Em particular, uma internet não está restrita em tamanho – existem internets que contêm algumas redes e a Internet global contêm centenas de milhares de redes.” (COMER, Douglas E. **Redes de Computadores e Internet**, 6ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2016. p. 195).

⁹ MENDES, Laura Schertel. **Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**, 1ª Edição. Saraiva, 02/2014, p. 11 apud Fred H. Cate. **Privacy in the information age**, Washington: Brooking, 1997, p. 5.

¹⁰ Ibidem, p. 11.

¹¹ HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. Op. cit. p. 12.

Alguns exemplos de interação da inovação tecnológica e social são temas polêmicos como a privacidade, o teletrabalho, o telediagnóstico médico, a acessibilidade aos idosos, entre outros. Enquanto a inovação, por mais significativa, apenas induz que o artefato inventado esteja “pronto”, é o Direito que se preocupa com a tutela de bens jurídicos que podem ser violados, sujeitos a riscos de divulgação e aplicação - situação impensada na fase precedente de prospecção científica.

Embora muitas vezes o Direito seja visto como entrave para a inovação, o próprio autor considera esta uma afirmação unilateral, pois do Direito podem ser obtidos tanto resultados de promoção como de inibição. Dessa forma, a própria inovação do Direito, em pesquisa científica, tem o condão de deixá-lo “mais aberto” às inovações, sendo o foco da ciência jurídica realizar tão somente o bem comum, que tanto pode ser favorecido quanto colocado em risco.

Por óbvio, é frequente a questão se a inovação convém ou não ao bem comum, mas cabe tão somente ao legislador, enquadrado sob os limites constitucionais, aclarar o que a sociedade entende como tal. Assim, interessa a anotação feita por Tarcísio Teixeira quanto à adoção da “inovação” como norma programática instituída no Marco Civil da Internet (lei n. 12.965/2014):

No que tange aos objetivos do Marco Civil da Internet está a promoção do direito de todos poderem acessar a internet; do direito ao acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e política; bem como promover a inovação tecnológica e modelos de uso e acesso;¹²

Ainda que de escopo reduzido (à *Internet*), a referida norma-programa não deixa dúvidas em relação ao consenso alcançado quanto ao desejo de inovação pela sociedade, sendo o diploma legislativo em questão sancionado após extenso processo legislativo. Ainda assim, os riscos são inerentes ao avanço de qualquer atividade humana e atraem igualmente grande atenção da sociedade. Nesse âmbito, a responsabilidade quanto à inovação foi tema de preocupação na União Européia, onde vige um sistema de autorizações prévias para a utilização de novos produtos

¹² TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**, 3ª edição. Saraiva, 6/2015, p. 101.

químicos¹³. Nesta situação, o Estado claramente admite sua incapacidade técnica de aferir o impacto de determinadas inovações. Assim, tenta trazer os atores privados (produtores, distribuidores e usuários) num diálogo prévio que gere conhecimento suficiente entre as partes e que ao mesmo tempo estimule um esforço autorregulatório.

A reconhecida incapacidade técnica estatal para a aferição de riscos se refere a um problema da falta de conhecimento, que existe igualmente no setor privado. Ao nos situarmos na tão propalada “sociedade do conhecimento”, todos os atores envolvidos no processo de inovação e em qualquer esforço regulatório se encontram com a sensação que a falta de conhecimento prevaleça sobre o conhecimento, tanto do risco quanto dos benefícios. Essa constatação expõe o paradoxo da sociedade moderna, que vai ao encontro da narrativa platônica de Sócrates, onde novos e maiores conhecimentos levam a um novo e maior desconhecimento. Mesmo assim, a sociedade, investida no princípio da ação racional, persegue a promoção do conhecimento.

Na falta de uma legislação específica e da impossibilidade de verificar as fronteiras do conhecimento humano, alguns países tem admitido a exoneração de responsabilidade de empresas, introdutoras das inovações tecnológicas no mercado. Neste caso, as empresas podem alegar que não tinha como saber, tendo o conhecimento até então disponível, que determinado produto era danoso. Ao mesmo tempo, os consumidores estão sempre em busca de novidades que tornem a atividade humana mais confortável, mais aprazível e mais eficiente. Por isso, Eugênio Facchini Neto afirma que “Assim, diante de dois ‘inocentes’, produtores e

¹³ Em vigor desde junho de 2007, o *Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals* (REACH) aplica-se a todas as substâncias químicas - tanto aquelas usadas em processos industriais, como aquelas contidas em produtos de uso pessoal, incluindo materiais de limpeza e tintas, artigos de vestuário, mobiliário e os aparelhos elétricos. O regulamento coloca o ônus da prova nas empresas, obrigadas a identificar e gerir os riscos associados às substâncias que produzem e comercializam na União Europeia. Se os riscos não puderem ser geridos, as autoridades podem restringir a utilização de substâncias de diferentes formas. Disponível em: <<http://echa.europa.eu/regulations/reach/understanding-reach>>. Acesso em: 01 nov. 2016.)

consumidores, divergem as soluções nacionais sobre quem deve ficar com o prejuízo”.¹⁴

A forma de evitar a inação em troca da sensação de segurança, afastando as inovações por força do Direito, seria a composição de estruturas de incentivo que exaltem um “direito de inovar”. Conforme estudo realizado por Wolfgang Hoffman-Riem, na década de 1980 (“Die Reformstaatlicher Regulierung in den USA”), constatou-se instrumentos de incentivo (apoio financeiro, informacional, gradação de requisitos de autorização) que foram acondicionados no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, e que por fim serviram de sugestão para o estabelecimento de um marco regulatório europeu.

O direito orientado a incentivos é complementar ao essencial direito imperativo, fundamentado em preceitos e proibições. Nessa interação, surge uma “arte do controle legal” que visa atender o interesse e preferências dos indivíduos (autointeresse), combinado com uma autorregulação social administrada pelo poder público (benefícios sociais). Nessa “arte”, Wolfgang Hoffman-Riem vê como plausível o empirismo, como segue:

A partir da interação dos incentivos positivos e negativos, provavelmente o direito alcance o controle de seus efeitos. No entanto, praticamente é muito difícil efetuar esse controle eletivamente. Muitas vezes o direito trabalha com o método de tentativa e erro.¹⁵

Importante ressalva é feita quanto aos incentivos à inovação, frequentemente associados ao aspecto econômico, ainda que o mercado seja a mais importante estrutura e que frequentemente o viés concorrencial seja prioritário para o Direito. Trata-se de uma redução de entendimento, que foi superada pelo advento de processos de criação coletiva, como o *software* livre e de código aberto, as enciclopédias de edição colaborativa, os testes de novos sistemas e aplicativos por comunidades. Em suma, casos onde não se vislumbra benefício monetário por grande parte dos atores envolvidos e afastam a racionalidade econômica e o direito tradicional.

¹⁴ FACCHINI NETO, Eugenio. Inovação e Responsabilidade Civil: os riscos do desenvolvimento no direito contemporâneo. In: Ricardo Lupion Garcia; Giovani Agostini Saavedra. (Org.). **Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 96

¹⁵ HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. Op. cit., p. 22.

Afastar o direito tradicional, incapaz de interagir com determinadas inovações, tecnológicas ou sociais, demanda que o operador do Direito e, em especial, o legislador considerem as incertezas provenientes do seu desconhecimento quanto aos benefícios e riscos envolvidos. Às normas se exige que haja um espaço adequado para a inovação, e que a gênese de seus prováveis problemas sejam enfrentados de forma também inovadora, o que demanda margens apropriadas para sua atuação regulatória, inclusive de cunho constitucional.

Oportunamente, Wolfgang Hoffman-Riem resume a posição do Tribunal Constitucional Alemão:

Tais deveres do legislador, constitucionalmente fundamentados refletem a exigência de que uma lei no decorrer do tempo deve permanecer constitucional. A constitucionalidade em si é dependente do contexto e do tempo.¹⁶

Assim, reconhece-se o dever do legislador a rever suas leis, aperfeiçoando-as, impondo limites temporais de validade, num processo de auto-aprendizado, quando essas mesmas normas produzem efeitos colaterais indesejados ou aquém do pretendido.

2.2 DA REGULAÇÃO EM CIÊNCIA E TECNOLOGIA

As dificuldades inerentes ao processo de regulamentação e os desafios enfrentados pelos legisladores são alvo de preocupação de Carlos Alberto Molinaro e Ingo Wolfgang Sarlet, que trazem menção¹⁷ a Pontes de Miranda, em sua obra *Sistema de Ciência Positiva do Direito* (1922):

Quem percorre, de um lado, os progressos e conquistas da ciência das ciências físicas e, de outro, os das ciências sociais, não pode deixar de entristecer-se. O direito continua a ser elaborado e explicado segundo os métodos dos tempos romanos e da Idade Média.¹⁸

¹⁶ HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. Op. cit., p. 30.

¹⁷ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Apontamentos sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. Cap. 3, p. 85. Direito, inovação e tecnologia.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Sistema de ciência positiva do direito** (1922). 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. I, p. 19.

Os autores creditam a intuição de Pontes de Miranda frente ao cenário confuso vivido pelos operadores do Direito quanto às definições e conteúdo dos termos Direito, Ciência do Direito e Sistema Jurídico, o que acaba tendo papel disfuncional na produção, interpretação e aplicação de normas que se dirigem a ordenar as complexas relações advindas da ciência, tecnologia e inovação.

Não raro, juristas resistem às necessidades do presente e, segundo Pontes de Miranda, persistem em “ver o que passou e não ver ainda o que já existe”¹⁹. Essa contemplação de normativos sem correspondência ao momento atual, ainda que vigentes, não contribui para a resolução do intrincado problema jurídico da análise constitucional dos deveres do Estado no que diz respeito à inovação tecnológica e social, tanto para a promoção dessa liberdade de inovar quanto à proteção da sociedade. Imprescindível, pois, a avaliação dos efeitos da regulação sobre a inovação em relação à efetividade de direitos e deveres fundamentais.

Carlos Alberto Molinaro e Ingo Wolfgang Sarlet compartilham o mesmo entendimento e citam uma “perda da inocência”²⁰ do desenvolvimento científico, que desmitifica o pensamento comum em décadas passadas, que considerava todo progresso como benéfico em sua dimensão social inclusive. Dessa forma, os autores vislumbram um desafio imposto ao Estado nacional, e até no ambiente supranacional, da adoção de um quadro regulatório adequado e justo, teleológico, que imponha ao processo de inovação valores-alvo ou opções. Importante ressaltar que essa atuação tem suas limitações, dado o processo de globalização e a independência das corporações interessadas na evolução científica e tecnológica que muitas vezes são independentes da mão do Estado-nação.

Wilson Engelman e Junior Roberto Willig, na recém-lançada obra *Inovação no Brasil: entre os riscos e o marco regulatório* (2016), também alertam para o fato de que a delimitação de limites éticos da inovação ultrapassa as fronteiras nacionais:

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **A sabedoria da inteligência** (1922). Rio de Janeiro: José Olympio, 1960, p. 159.

²⁰ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 88.

“[...] assim como geralmente ocorre com os reflexos positivos e negativos das inovações científico-tecnológicas, e passa por uma avaliação dos direitos fundamentais e direitos humanos positivados, seja na esfera nacional ou internacional [...]”²¹

Eles corroboram a perspectiva dos autores anteriores, no que tange a desmitificação do avanço científico-tecnológico como algo predominantemente positivo, sobretudo pelo fato de muitos dos efeitos adversos estenderem-se a população, tornando-se cada vez mais evidentes, a exemplo da degradação do meio ambiente.

Nesse aspecto, a repartição das responsabilidades e a prestação de contas da evolução tecnológica são consideradas por Carlos Alberto Molinaro e Ingo Wolfgang Sarlet como importante ponto de partida para a regulação:

O desenvolvimento tecnológico pressupõe um regime jurídico sobre a tecnologia desenvolvida nos mais diversos ambientes, no âmbito do Estado, do mercado e da sociedade, relevando-se no uso do poder de coação do Estado, na disciplina e na limitação as decisões dos agentes, bem como na intervenção e operação dos setores tecnológicos de qualquer tipo, tudo para garantir-lhes os investimentos necessários, promover o bem-estar dos consumidores e usuários, de modo a alcançar o incremento da eficiência econômica e o suprimento das necessidades sociais.²²

Essa repartição de responsabilidades traz luz à análise do fenômeno do risco, comum no ambiente de incerteza e insegurança que o processo de inovação traz consigo. Qualquer incidente que possa causar dano, lesão ou prejuízo ou trazer instabilidade é risco, e este pode ser originado pela tecnologia. Aqui o Direito se revela útil, pois coopera com a solução de qualquer incidente que implique em responsabilidade, como a obrigação de responder pelo dano produzido. Essa cooperação, dada pela via da intervenção regulatória, tem seus limites de prevenção, pois a natureza estática do Direito, em relação à dinâmica da tecnologia, revela aí sua ineficácia.

Dessa ineficácia inerente do Direito, deve-se discutir o modelo de intervenção regulatória em termos qualitativos, especialmente quando realizada uma intervenção precoce nos primeiros estágios do processo de inovação, coisa não viável,

²¹ ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Junior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os Riscos e o Marco Regulatório. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 9.

²² MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. Cap. 3, p. 96.

tampouco desejável, sendo verdadeira “mordança”²³. Essa precocidade interventiva, como tentativa de orientação ou decisão, ataca frontalmente a criatividade humana, sendo o mais adequado um controle posterior da compatibilidade socioambiental dessa inovação.

Nesse estágio, qualquer intervenção regulamentar do Estado, na palavra dos autores, deve remeter como tão somente uma medida assecuratória de garantias com a finalidade de manter um equilíbrio de forças e interesses entre o processo de inovação e os anseios e necessidades socioambientais e econômicos. Isso se reduz a um modelo de autorregulação, que tido como adequado, somente leva o Estado a garantir a “paridade de armas”, especialmente quando as inovações já estão em fase de difusão.

Destarte, não pode estar o Direito ausente nesse novo mundo onde a velocidade de aquisição da informação e a transnacionalização da vida econômica, cultural e social tem revertido a concentração do Estado na produção do Direito, condicionando-o e limitando-o. Isso traz uma imagem de pequenez do Estado perante grandes problemas globais, muitos desses efeitos diretos das tecnologias de informação e comunicação. A circulação do conhecimento científico assume a condição de “fontes de poder”²⁴ cuja especialização pode derivar atividades criminosas ou o desrespeito a valores locais presentes no ordenamento jurídico pátrio.

2.3 DO DIREITO DIGITAL

Qual a repercussão da vida digital no Direito? A influência exercida no campo penal, nos contratos, na relação trabalhista, na relação consumerista, no direito de propriedade, no direito processual e até no Direito de Família exercem sobre o operador do Direito e as autoridades - sejam judiciais, legislativas ou executivas – e exigem destes uma nova forma de observar e mediar as relações sociais que suscitaram conflitos. Quais seriam essas situações? Seria necessária uma nova disciplina a ser ministrada nos cursos jurídicos? Estaríamos nos confrontando com

²³ Ibidem, p. 109.

²⁴ MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 119.

um novo e autônomo ramo do Direito? São essas algumas das indagações a seguir discutidas.

2.3.1 INTRODUÇÃO

Demonstrado o conflito entre a inovação, tecnológica e social, e o Direito, como base seminal da presente monografia, tem-se no Direito Digital um fenômeno recente²⁵ de especialização de operadores e juristas. Com a crescente migração do ambiente de negócios para a Internet, essa nova janela de oportunidades traz consigo inúmeros riscos, pertinentes à segurança dos dados, plágio, sabotagens, entre outros dilemas, abordados de forma consolidada por Patrícia Peck Pinheiro:

[...] assim, na mesma velocidade da evolução da rede, em virtude do relativo anonimato proporcionado pela Internet, crescem os crimes, as reclamações, devido a infrações ao Código de Defesa do Consumidor, as infrações à propriedade intelectual, marcas e patentes.²⁶

O Direito Digital, termo utilizado pela autora supracitada, mostra-se como importante auxiliar às áreas de atuação clássicas do Direito, onde a crescente dominância do suporte tecnológico, quer seja a Internet, os dispositivos móveis, os meios de armazenamento em nuvem, todos interconectados, tornam-se cada vez imprescindíveis na relações cotidianas. Entretanto, esse “direito”, se assim pode ser chamado, na visão do autor da presente monografia não goza de autonomia, pois propriamente se apresenta mais como um meio, um instrumento, do que propriamente núcleo da discussão, sequer se pareando em mesmo nível com outras disciplinas da ciência jurídica que são ao menos didaticamente autônomas. A Internet ou qualquer outra nova tecnologia digital é veículo de transmissão, processamento ou armazenagem de informação, não se vislumbrando a necessidade de um “Direito” específico.²⁷

²⁵ Segundo Flávio Tartuce, *in verbis*: “No âmbito jurídico, o Direito Digital ou Eletrônico ainda está em vias de formação, como qualquer ciência relacionada à grande rede virtual de computadores”. (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 3 - Teoria Geral dos Contratos em Espécie**, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 12/2015.).

²⁶ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

²⁷ Segundo Patrícia Peck Pinheiro, que leciona: “O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico,

Semelhante posicionamento é compartilhado por Tarcísio Teixeira que se recusa a aceitar como um “ramo do Direito”, questionando também sua autonomia. Para este autor, a nomenclatura dada visa somente fins didáticos:

[...] o “direito eletrônico” não se trata de um ramo do Direito, pois no fundo o que temos são relações jurídicas sendo cada vez mais estabelecidas virtualmente, o que pode necessitar, em alguma medida, de ajustes no ordenamento jurídico, mas não o caso de um novo ramo do Direito. Assim, a justificativa da existência de disciplinas jurídicas em cursos de graduação, cursos de pós-graduação e até mesmo deste livro está relacionada com a finalidade didática, visando uma melhor compreensão do fenômeno da relação entre Direito e Tecnologia da Informação.²⁸

Apesar de ambos os autores concordarem quanto à posição do Direito Digital entre outras disciplinas usualmente lecionadas, Tarcísio Teixeira diverge quanto ao termo que cunha essa relação entre o Direito e Tecnologia. O autor declara preferência pessoal pelo uso do termo “direito eletrônico” frente a outras como expressões “direito da informática”, “direito digital”, “direito do espaço virtual” etc., conforme explicitado no trecho a seguir:

No entanto, preferimos usar “direito eletrônico”, tendo em vista o emprego recorrente do vocábulo “eletrônico” em expressões como “comércio eletrônico” e “correio eletrônico”. Além do mais, a palavra “eletrônico” está relacionada à eletrônica, que é aquela parte da física que trata de circuitos elétricos; sendo que a comunicação de dados via computador se faz por meio de impulsos elétricos, o que a caracteriza como comunicação eletrônica.²⁹

Ao discorrer sobre a função desse direito, Patrícia Peck Pinheiro esclarece que este surge da necessidade de se adequar a interpretação da realidade social, viabilizando o equilíbrio da relação comportamento-poder e dando ao Direito, em seu sentido amplo, a esperada estabilidade sistêmica através da criação de normas eficazes e aceitáveis, absorvendo uma dinâmica em sua estrutura normativa. Dessa forma, estaria permitida uma sustentação ao longo do tempo e seria evitada a mera edição legislativa que gera distorções ou normas válidas, mas pouco eficazes. Essa aparente funcionalidade limitada do Direito Digital é esclarecida nas palavras da autora:

Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional etc.).” (PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito Digital*. 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77).

²⁸ TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 6/2015, p. 22.

²⁹ *Ibidem*, p. 22.

O que propomos aqui não é a criação de uma infinidade de leis próprias – como vimos, tal legislação seria limitada no tempo (vigência) e no espaço (territorialidade), dois conceitos que ganham outra dimensão em uma sociedade convergente.³⁰

Assim, reitera a supracitada autora o desafio jurídico existente nos conceitos de tempo e espaço, frente à inovação tecnológica: “[...] incluem a quebra de paradigmas, a descentralização, a dificuldade em definir limites territoriais físicos, a velocidade com que as decisões devem ser tomadas e a crescente capacidade de resposta dos indivíduos.”³¹

A constatação dessa “quebra de paradigmas” é de extrema valia, tendo em vista que o Direito hoje não pode ser mais interpretado e aplicado como outrora, desconsiderada a inovação tecnológica e sua adoção pelo cidadão comum. Sem esse cuidado, situações de insegurança jurídica podem surgir, fazendo com que leis, atos ou julgados se distanciem da realidade social imposta, resultando em situações de desfavorecimento para uma das partes envolvidas.

2.3.2 DO ESPAÇO

Ao abordarmos a questão do espaço em meios digitais, novos princípios de relacionamento, que permitam abstrair os conceitos de territorialidade, fazem-se necessários frente à globalização da economia e da sociedade. O Direito Penal e Empresarial seriam os mais suscetíveis dessa necessidade, com uma abordagem já usual em recorrer ao Direito Internacional Privado, que tenta estabelecer critérios de análise mais uniformes. No contexto do Direito Digital, a questão supera essa abordagem, pois requer diretrizes gerais que deveriam ser atendidas por todos os seus usuários, conferindo assim maior segurança jurídica nas relações estabelecidas nesse meio. A adesão maciça da tecnologia passa a exigir uma rediscussão do que é soberania, pois inúmeras questões como fusões e aquisições, contratos de interconexão, entre outros serviços, passam a atingir nova dimensão com o compartilhamento de territórios.

³⁰ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

³¹ *Ibidem*, p. 53.

Talvez o maior problema da sociedade globalizada seja até onde um ordenamento jurídico alcança, conforme aponta Sheila do Rocio Cercal Santos Leal:

A utilização da Internet para fins comerciais propiciou o desaparecimento das distâncias e das fronteiras, a redução das barreiras alfandegárias e a progressiva abertura dos mercados, levando ao crescimento vertiginoso do comércio interno e internacional.³²

Isso, por óbvio, afeta o Direito, abrindo um novo território onde a mensuração da riqueza – historicamente atrelada à demarcação física e aos recursos disponíveis em determinada área – deixa de ser o fator principal de definição da abrangência da jurisdição. Esse exercício de valorar as relações entre indivíduos e suas transações comerciais com origens distintas toma como referência o Direito Internacional, onde a origem do ato ou da ocorrência de seus efeitos determina a jurisdição competente.

Nota-se que nesse aparente vácuo a arbitragem toma espaço, tornando-se ferramenta predileta para a solução de disputas no âmbito do comércio eletrônico, servindo como foro eficiente e neutro, e nas palavras de Gabriel Herscovici Junqueira “[...] não deixando as partes de diferentes jurisdições inseguras sobre foro e custas se firmarem um contrato no ciberespaço.”³³

No mundo virtual a determinação da competência territorial é dificultada pela não rara impossibilidade de se determinar onde os interlocutores estão interagindo. Alguns critérios consensuais acabaram se formando com o tempo: i) A determinação de acordo com o sufixo do sítio eletrônico onde a relação ocorreu (uma transação realizada num sítio “*com.br*” remeteria à jurisdição brasileira, por exemplo); ii) Se há preocupação especial com a proteção do lesado, onde este atrai a jurisdição estatal para sua proximidade. Entretanto, quanto à segunda hipótese, a contratualidade comum do Direito Digital possibilitaria a disposição do potencial lesado a abdicar dessa tutela, em prejuízo de norma local que o protege, tema esse que faz questionar o próprio conceito de soberania e da concepção originária do Estado de Direito.

No tocante aos crimes virtuais, a redação do Código Penal brasileiro tem espírito abrangente, sendo capaz de alcançar a maioria das situações possíveis,

³² LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 8.

³³ JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. **Arbitragem Brasileira na Era da Informática: Um Estudo das Principais Questões Processuais**. São Paulo: Atlas, 07/2015, p. 8.

graças à redação dos artigos 5º (“*Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional.*”) e 6º (“*Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.*”).

2.3.3 DO TEMPO

Quanto ao conceito de tempo, sob o Direito Digital transcende-se a conhecida fórmula tridimensional de Fato-Valor-Norma que intermedeia as atividades políticas *lato sensu* e os valores morais. No meio digital, a sociedade requer o elemento tempo, não para servir como mero indicador de vigência das normas, mas também em relação a capacidade de resposta jurídica aos fatos. A velocidade de aplicação insuficiente esvazia o direito subjetivo, dando a agentes delituosos vantagens decorrentes sobre a morosidade jurídica, desencorajando a parte a demandar. Isso ocorre na forma passiva, como no âmbito das relações consumeristas, mas também na forma reflexiva, ativa e passiva, prejudicando todos conectados no espaço virtual quando na ocorrência de ilícitos como a pedofilia, a pirataria, etc.

Por isso, Patrícia Peck Pinheiro afirma que, no Direito Digital, os princípios prevalecem em relação as regras, “pois o ritmo da evolução tecnológica será sempre mais veloz que o da atividade legislativa”³⁴ e conclui: “É errado, portanto, pensar que a tecnologia cria um grande buraco negro, no qual a sociedade fica à margem do direito, uma vez que as leis em vigor são aplicáveis à matéria, desde que com sua devida interpretação.”³⁵

Fica claro que o tempo não constitui variável preponderante às questões que envolvem o Direito Digital, dada a facilidade técnica de aferição da ocorrência dos eventos determinantes de qualquer conflito, ressalvada pela intempestividade normativa inerente às inovações tecnológicas. Essa aparente inação jurídica deve ser suprida por uma base principiológica consistente aliada a uma interpretação mutável, integrada à realidade social.

³⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

³⁵ *Ibidem*, p. 80.

2.3.4 DA NATUREZA

Qual o pensamento jurídico que deve permear o Direito Digital? Uma importante ressalva é devida, afastando-o da visão codificada herdada dos países da Europa continental. Segundo Patrícia Peck Pinheiro o “Direito Digital, é necessariamente, pragmático e costumeiro³⁶, baseado em estratégia jurídica e dinamismo.”³⁷ A autora passa então a discorrer sobre os elementos que considera mais importantes a amparar esse direito: i) a generalidade; ii) a uniformidade; iii) a publicidade.³⁸

Celeridade, dinamismo, autorregulamentação, poucas leis, base legal na prática costumeira, o uso da analogia e solução por arbitragem³⁹ são elementos tipicamente oriundos da prática comercial (*Lex Mercatoria*^{40 41}), sem vinculação a qualquer direito nacional e encontrados no Direito Digital.

³⁶ O Direito Costumeiro, ou *Common Law*, é um direito que utiliza os precedentes, julgados de casos anteriores como fundamento para uma ação judicial. Cria um registro baseado nos próprios costumes da sociedade. Adotado esse princípio, tem-se um dinamismo capaz de solucionar rapidamente as demandas trazidas à justiça. Segundo Arnaldo Rizzardo “Sempre foi o direito costumeiro uma das principais fontes do direito. Aliás, constituiu a manifestação primitiva para firmar uma ordem, uma obediência a regras. A própria Lei das XII Tábuas revela-se como a síntese de costumes que imperavam. O direito alemão surgiu em cima do direito costumeiro, sendo que na Idade Média iniciaram as influências do direito romano. Na Inglaterra, o próprio direito constitucional é consuetudinário. Em Portugal, ao tempo das Ordenações Filipinas, o costume dominava grande parte do direito.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil**, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 11/2015.).

³⁷ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

³⁸ *Ibidem*, p. 77.

³⁹ Flávio Tartuce assevera que, *in verbis*: “a arbitragem é instrumento processual muito adequado para dirimir conflitos existentes no espaço virtual, em especial os internacionais. Pela arbitragem as partes podem acordar a respeito da legislação aplicável e do foro competente.” (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 3 - Teoria Geral dos Contratos em Espécie**, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 12/2015). O autor relembra, entretanto, que o uso da arbitragem é condicionado a litígios que constantes do rol do artigo 1º da lei n. 9.307/96 (pessoas capazes e direito patrimonial disponível), o que acaba excluindo os incapazes, mas que perfeitamente atenderiam os negócios eletrônicos, sejam empresariais ou de consumo, comercializados produtos ou serviços.

⁴⁰ André Luiz Cruz Ramos vai além ao estabelecer um liame de necessidade e não mera constatação entre a prática comercial – que pode ser realizada no espaço cibernético - e a *Lex Mercatoria*, *in verbis* “Não foi à toa que o direito comercial nasceu como um direito consuetudinário, a partir da compilação dos usos, costumes e práticas mercantis dos mercadores burgueses medievais. O genuíno direito comercial é a *Lex Mercatoria*, isto é, a regra que nasce da interação livre e voluntária dos que se dedicam ao exercício de atividade econômica. Um bom Código Comercial é o que, simplesmente, deixa o mercado funcionar.” (RAMOS, André Luiz Cruz. **Direito Empresarial Esquemático**, 6ª edição. São Paulo: Método, 02/2016.).

⁴¹ Uma possível *Lex Mercatoria Eletrônica* está em curso, segundo Liliana Minardi Paesani, *in verbis* “A ideia de uma legislação uniforme internacional, com frequentes referências à *Lex Mercatoria*, está viva na ONU, cuja Comissão sobre o Direito Internacional (Uncitral) é formada por um grupo de 36 juristas, entre os quais um brasileiro. O grupo tem procurado redigir uma Lei Modelo específica e os draft rules para o reconhecimento de assinaturas digitais, que constituem um marco e deverão

Com essa patente lacuna normativa e prevalência dos costumes, surge característica interessante do Direito Digital, típica do Direito Privado: o viés de autorregulação das relações contraídas e que, a depender do ramo do direito com o qual se interage, permite maior ou menor amplitude.

Especialmente em relação à solução arbitral⁴², vêm ao seu encontro as vantagens da celeridade processual e do conhecimento específico que cada caso exige. Ainda, como bem denota Gabriel Herscovici Junqueira, os ganhos transcendem aspectos de primeira ordem:

[...] a arbitragem, ao oferecer um foro neutro, e solução eficaz e célere, diminui os custos de transação, sendo desnecessário computar nos preços de negociação riscos por falta de segurança jurídica ou contingenciamento de recursos para fazer frente a uma longa disputa judicial.⁴³

O princípio de que os contratos existem para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*⁴⁴), obrigando as partes nos limites da lei, é fundamental no Direito Digital, pois a contratualidade é elemento preponderante. Característica comum desses contratos é o estabelecimento de cláusula de vigência, dada à mudança contínua dos *softwares*, *hardwares*, fruto da necessidade de atualizações ou das vantagens dela decorrentes.

Assim, afirma-se que o Direito Digital é de natureza comunitária⁴⁵, por fazer com que o interesse particular seja preterido em prol do interesse coletivo. O homem primitivo dispunha de uma consciência coletiva e de um espírito comunitário superior

orientar os vários governos, inclusive o brasileiro.” (PAESANI, Liliana Minardi . **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 06/2013, p. 107).

⁴² A título de exemplo, mencione-se que as disputas de nomes e domínios das páginas pela Internet são resolvidas por arbitragem. É o caso do UDRP (Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy) do ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), órgão que exerce, na esfera internacional, função equivalente ao Sistema Administrativo de Conflitos de Internet (SACI) no Brasil.

⁴³ JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. **Arbitragem Brasileira na Era da Informática: Um Estudo das Principais Questões Processuais**. São Paulo: Atlas, 07/2015, p. 7.

⁴⁴ Sílvio de Salvo Venosa postula, in verbis: “Sempre se teve esse princípio como básico para a obrigação de dar coisa certa, conforme antiga regra do Direito Romano: *aliud pro alio, invito creditore, solvi non potest* (Digesto 12, 1, 2, 1) (ideia de que o credor não pode ser obrigado a receber uma coisa por outra). Assim, da mesma forma que o credor não pode ser obrigado a receber prestação diversa do avençado, ainda que mais valiosa, não pode este mesmo credor exigir outra prestação, ainda que menos valiosa. É corolário dessa regra o princípio pelo qual os contratos devem ser cumpridos tal qual foram ajustados (*pacta sunt servanda*).” (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**, V. 2, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 01/2014, p. 60).

⁴⁵ PECK, Patrícia. **Direito Digital** 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 112).

à atual, pois havia a necessidade de sobrevivência, somente obtida na convivência em grupo.

Esse conceito se faz presente em termos da aplicabilidade jurídica, em especial na Comunidade Europeia, de onde vem grande parte das inovações jurídicas do Direito Digital. A consciência de comunidade⁴⁶ dos países membros é determinante para a criação de boas leis, pois a interpretação da convergência de várias culturas próximas precede a elaboração da norma, indo além dos limites territoriais de cada membro, resultando numa dinâmica de equilíbrio e flexibilidade normativa com métodos de autorregulamentação que são essenciais para o Direito Digital. Com isso, os “Diplomas Normativos Supranacionais” e as “Diretrizes Gerais” permitem que a legislação local não prejudique a evolução da própria economia digital e da sociedade. Como exemplos podem ser citados a Diretriz da Comunidade Europeia 2.000/31, datada de 8 de Junho de 2000, que dispõe sobre o comércio eletrônico e o Relatório do Comitê da União Europeia sobre Crimes na Internet, de 2 de Outubro de 2000.

Como princípio normativo, o Direito Digital tem depositado na autorregulamentação a elaboração de normas padrão para serem seguidas em nível local e global, especialmente quando tratando sobre privacidade, responsabilidade civil e crimes virtuais. Esse fenômeno assemelha-se a uma série de categorias profissionais que criam suas próprias normas e diretrizes de trabalho. Em comum acordo, entidades representativas de fabricantes de soluções tecnológicas, grupos de pesquisas, entre outros interessados, têm produzido documentos de melhores práticas, observada a Constituição e leis vigentes, embutindo muitas vezes a norma ou sua viabilidade de aplicação (eficácia) no próprio *software* ou *hardware* oferecido ao público usuário, ou ainda em minutas contratuais padronizadas, antecipando as disputas que possam surgir, como serão resolvidas, e as atribuições e isenções de responsabilidades.

⁴⁶ Suélen Farenzena aponta a limitação imposta à legislação local pelo caráter comunitário, *in verbis* “A natureza comunitária do Direito perder-se-ia se qualquer Estado pudesse se subtrair aos seus comandos, paralisando os seus efeitos. Por oportuno, a natureza da comunidade repousa na limitação dos poderes soberanos dos Estados-membros. Se assim é, os Estados-membros têm de se sujeitar à ordem jurídica por eles criada.” (FARENZENA, Suélen. **Costa Versus Enel - O Primado do Direito Comunitário e a Mudança de Paradigma: o Estado em Rede Europeu**. Revista Direito Público, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 47, p.173-196, 2012. Bimestral. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11827/13121>>. Acesso em: 01 nov. 2016.)

2.3.5 CLASSIFICAÇÃO NORMATIVA

Em suas origens, o conjunto normativo pátrio afim ao Direito Digital teve um caráter utilitário ou norteador de políticas de Estado reconhecidas como relevantes para o governo de ocasião, seja para servir como instrumento de políticas públicas de incentivo à pesquisa e desenvolvimento de produtos em território nacional (“Política Nacional de Informática (PNI)”, Lei n. 7.323/1984, também conhecida como “Reserva de Mercado da Informática”), seja para a concessão de algum benefício fiscal (“Lei do Bem”, n. 11.196/2005, continuamente reeditada ao vento dos *lobbies*⁴⁷ e da economia), numa visão de desenvolvimento científico-econômico e de soberania e/ou estritamente tributária.

Entretanto, como tentativa de modernização da administração pública e em nome de princípios do Direito Administrativo, algumas normas deram diretrizes de atuação aos administradores públicos (Pregão Eletrônico, lei n. 10.520/2002), que suprimiram arcabouço infralegal específico à prospecção e aquisição soluções de tecnologia da informação (IN 4 - Instrução Normativa MP/SLTI Nº 4/2014) ou até imputaram penas para condutas danosas à Administração Pública (Lei 9.983/2000, que tipificou a inserção de dados falsos em sistema de informações, inserindo os artigos 313-A e 313-B).

Sem olvidar outros ramos do Direito Público, o Direito Penal sofreu o influxo da “Lei Carolina Dieckman” (lei n. 12.737/2012) que previu o crime de invasão de dispositivos informáticos; também se devendo prestigiar as tentativas de modernização da justiça brasileira, visando maior celeridade no trâmite processual (lei n. 11.419/2006, que adaptou o Código de Processo Civil à era digital). Ainda, convém citar alguns diplomas híbridos, que tangem várias áreas do Direito, como a “Lei do Software” (lei n. 9.609/1998) que trata de aspectos de propriedade intelectual, direito autoral, garantias ao usuário, transferência de tecnologia e até tipifica condutas penais.

⁴⁷ Conceitua o termo Fernando Herren Aguillar, *in verbis*: “As formas de exercício do poder também adquirem novas feições, alterando-se a relação de favorecimento pessoal em troca de apoio político por relações de interesse comercial na exploração de setores específicos (lobbies).” (AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico - Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 03/2016.)

Findo breve resumo, que não esgota a pletora da produção normativa afeta ao Direito Digital, cabe reiterar que parte dos supracitados normativos são meros instrumentos de consecução de políticas públicas e atualização de procedimentos já existentes com o uso do suporte tecnológico oferecido atualmente. Tudo isso visando ganhos de escala, economia, transparência, incentivo a setores considerados sensíveis, aquisição de conhecimento à comunidade científica etc. Entretanto, vê-se um alargamento, onde direitos do homem que eram protegidos apenas quando atingidos no mundo real, passam a gozar de tutela estatal.

Dado esse cenário, ainda que se constate uma tendência de influxo do Direito Digital na elaboração normativa e na aplicação do Direito, é evidente que esta não se dá na velocidade que as inovações tecnológicas vão sendo incorporadas no cotidiano das pessoas, em especial nas relações privadas. Isso de certo modo desestimula a iniciativa legislativa por parte do Estado, pois não é parte diretamente afetada por essas lacunas, e estas usualmente não inviabilizam a administração pública, vinculada sempre a uma previsão normativa. Quando necessário, entretanto, o Direito Digital já se mostra, com um pequeno conjunto de obras de conteúdo nacional, dialogando mais notadamente com o Direito do Consumidor, Direito Penal, Direito Empresarial, Direito Administrativo, Direito do Trabalho, Direito Eleitoral e Direito Tributário.

2.3.6 DA AUTONOMIA

Esse direito, difuso, sem identidade, é chamado em certos momentos para balizar discussões importantes, como no caso de condutas penalmente tipificadas, com na antecipada “Lei Carolina Dieckman”⁴⁸. Aqui se mostra o Direito Digital com um papel de maior protagonismo, como supridor de base vocabular (“dispositivo informático”, “rede de computadores”, “mecanismo de segurança” etc.), como fornecedor de conceitos, como um “modelo de domínio” (um sistema de abstrações que descreve uma esfera de conhecimento) e mais importante, como delimitador da

⁴⁸ BRASIL. Subchefia Para Assuntos Jurídicos. Casa Civil da Presidência da República. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**: Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

criatividade normativa, ao delinear zonas que o Direito por si só não consegue se impor, exigindo diálogo para que se construa algo aplicável frente a regras vindas da Ciência da Computação e correlatas, que dificilmente transigem pela conveniência de outra ciência. Essa intransigência não é mera faculdade, assim é pela natureza determinística dessas ciências, que não possuem margem de discricionariedade ou de valoração como o Direito possui. Isso não é novidade, entretanto, visto que algumas áreas do Direito, em especial do ramo Público, foram sempre auxiliadas por Economistas e Contabilistas, por exemplo.

Com tamanha instrumentalidade, não é por menos que muitas das obras pioneiras do tema do Direito Digital, ao se depararem com a necessidade de classificação bibliográfica para serem catalogadas, não dispõem atualmente de identificador próprio segundo a Classificação Decimal de Direito^{49 50}.

Em decorrência disso, algumas obras afetas ao Direito Digital até hoje ficam em estantes de: i) Direito do Consumidor (342.5); ii) Direitos Intelectuais. Propriedade industrial, comercial, científica e de programas de computador (342.27); iii) Contratos entre ausentes, por correspondência, por telegramas, por telefone, por meio eletrônico etc. Documento Eletrônico. Certificação Digital (342.14429). Outra parte das obras, entretanto, são identificadas com um operador (":") que serve para demonstrar que entre os dois domínios de conhecimento existe uma relação, onde a obra se situa. Por exemplo, o livro "Direito Digital" de Patrícia Peck Pinheiro, está classificado sob o CDU é "34:004", ou seja, trata a obra sobre "Direito" (CDU 34) e Ciência da Computação e Tecnologia (CDU 004).

Essa identificação relacional corrobora a visão instrumental e não autônoma do Direito Digital pelo autor, menos até o momento.

⁴⁹ Vulga "classe 340" ou "Classificação de Dóris", em homenagem à criadora. A "classe 340" é uma classificação bibliográfica adaptada à realidade jurídica brasileira, mais aprofundada que a conhecida Classificação Decimal Universal (CDU), mas que mantém a compatibilidade com esta, in BRASIL. Subchefia Para Assuntos Jurídicos. Casa Civil da Presidência da República. **Classificação Decimal de Direito**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/assuntos/classificacao-decimal-de-direito>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

⁵⁰ BRASIL. Doris de Queiroz Carvalho. Subchefia Para Assuntos Jurídicos. **Classificação Decimal de Direito**. 4ª Edição Revista e Atualizada. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/centrodeestudos/assuntos/classificacao-decimal-de-direito/classif-decimal.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

2.3.7 DA INTERDISCIPLINARIEDADE

O diálogo entre o Direito Digital e outros ramos do Direito tem sido uma ferramenta essencial para solucionar os emergentes casos de difícil solução. Assim, entram em cena, por exemplo, o Direito Constitucional, o Direito do Consumidor, o Direito do Trabalho, o Direito Penal e o Direito Civil de Família, sem obviamente esgotar o extenso rol de ramos do Direito úteis a balizar a mediação de qualquer conflito oriundo as relações sociais no mundo virtual.

A abordagem interdisciplinar vem socorrer o Direito, antes visto como puro, hermético e impermeável, mas que crescentemente tem aceitado o ingresso de atores de outras ciências para enfrentar temas de complexidade – como observada na realização de audiências públicas. Nas palavras de Flávia Piovesan: “É a partir do diálogo a envolver saberes diversos e atores diversos que se verifica a democratização da interpretação constitucional a ressignificar o Direito.”⁵¹

Testemunha-se, portanto, uma crise do paradigma tradicional, sucedido por um novo, que guia a cultura jurídica e adota, nas palavras da supracitada autora, 3 (três) características principais: i) a abertura do Direito; ii) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais; iii) a abordagem centrada nos direitos humanos.

Além disso, a interdisciplinariedade abriga a concepção de uma estratégia epistemológica, onde a crítica pragmática do conhecimento toma vez, opondo os recursos intelectuais – e parciais – das várias ciências e a pluralidade de seus respectivos métodos, postulados e conclusões. Essa concepção rejeita a separação entre as disciplinas jurídicas e as disciplinas auxiliares, adotando uma diversidade de métodos mesmo nas cadeiras mais tradicionais, a exemplo do que ocorre com a Análise Econômica do Direito⁵². A seguir, algumas disciplinas, e mais propriamente ramos do Direito com os quais o Direito Digital vem dialogando ultimamente.

⁵¹ PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 12/2015, p. 26.

⁵² Assim afirma Fernando Herren Aguillar, *in verbis*: “Essa concepção do Direito Econômico, que tem origem nos escritos de Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, nos anos 1960, constitui uma proposta de colocar em evidência os fatos econômicos como indutores da análise jurídica.”

2.3.7.1 DIREITO CONSTITUCIONAL

A sociedade moderna tem cada vez mais se revelado como uma sociedade de serviços, e não de bens, onde a posse da informação cada vez mais prevalece sobre a posse dos bens de produção. Como consequência, o Direito Digital tem como um dos seus princípios mais importantes a proteção do direito à informação, assim como também releva importante o seu equivalente contradireito, do direito à não informação.

Esse direito pode ser dividido conforme o sujeito, derivando três categorias: i) Direito ativo, que é o direito de informar; ii) Direito passivo, que é o direito de ser informado; iii) Direito ativo e passivo, que é o direito de não ser informado⁵³. Estranhar-se-ia a última hipótese numa primeira análise, entretanto, por constituir o maior valor de uma sociedade democrática, e servindo a Internet como serviço de informação e informatização – organização e padronização de métodos de trabalho – a questão do acesso à informação é determinante para diversos desdobramentos no campo do Direito, seja comercial, de responsabilidade civil, entre outros.

Quando se fala do contradireito, o valor protegido é a privacidade do indivíduo, impondo-se um limite ao direito de informar. Portanto, a questão reside em como equilibrar essas relações sem a intervenção amiúde do Estado. Já o direito de acesso à informação é corroborado pela LAI (Lei de Acesso à Informação, n. 12.527/2011) cujos princípios da publicidade e da transparência (conforme art. 3º, I) passaram a vigorar impositivamente para toda administração pública. Nos seus termos, toda informação governamental nasce pública e só será protegida se incorrer de hipóteses que justifiquem essa medida de segurança (conforme arts. 23 e 24 do referido diploma). A excepcionalidade ocorre somente em caso de segredo de justiça, segredo industrial, risco à segurança ou soberania nacional, então arroladas como sigilosas.

Cabe notar que o direito de liberdade de expressão tem provocado um conflito jurídico como a da proteção da imagem e reputação do indivíduo, dado que a Constituição Federal de 1988 protegeu este direito, mas cobrou responsabilidade ao posicionar em evidente proximidade os incisos IV e V no art. 5º, onde o primeiro

(AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico - Do Direito Nacional ao Direito Supranacional**, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 03/2016).

⁵³ PECK, Patricia. **Direito Digital**, 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 85.

inciso exalta a liberdade de expressão em termos praticamente absolutos, e o segundo inciso limita essa liberdade, prevendo sanção para seu abuso. Ainda, interpretados os dispositivos constitucionais frente aos artigos 186 e 187 do Código Civil, têm-se clara determinação de responsabilidade quando ultrapassados os limites da boa-fé e dos bons costumes, assim como quando o ato for considerado ilícito, ainda que por omissão.

A relação de equilíbrio entre anonimato, responsabilidade, privacidade e interesse comercial demanda procedimentos de vigilância e punição socialmente aceitáveis. Nesse contexto, a conscientização dos consumidores quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre a utilização indevida das informações para fins comerciais (arts. 22, 43, 44, 72 e 73) e quanto à garantia constitucional constante do art. 5º X, assume relevância frente à crescente disputa das empresas pelo seu público alvo. Destarte, Laura Schertel Mendes traz o seguinte apontamento frente à experiência jurídica brasileira:

[...] o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previsto no art. 5º, X, da CF/88, protege a esfera privada do indivíduo em diversas dimensões, inclusive na dimensão da privacidade dos seus dados pessoais e da autodeterminação de suas informações.⁵⁴

Essa visão se coaduna com a de Patrícia Peck Pinheiro, que enfatiza um “déficit hermenêutico” do operador do Direito:

[...] não há lacuna jurídica no tocante à solução da privacidade na Internet. Há sim, falta de entendimento quanto à aplicação de leis em vigor para questões relativamente novas, que exigem uma interpretação da norma e sua adequação ao caso concreto.⁵⁵

Portanto, a proteção do indivíduo, em especial de sua vida privada, honra, imagem e reputação, é garantida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, X. Essa garantia é desafiada imediatamente quando o direito à liberdade de expressão lhe é apresentado. Entretanto esse conflito foi resolvido na mesma norma, no art. 5º IV, que apesar de permitir a livre manifestação de pensamento, veda o seu anonimato. Ou seja, todos podem falar o que pensam, porém devem ser capazes de responder pelo que dizem.

⁵⁴ MENDES, Laura Schertel. Op. cit., p. 159.

⁵⁵ PECK, Patrícia. **Direito Digital**, 6ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2016, p. 95.

Portanto, caso alguém queira deliberadamente, motivado por interesse, divulgar aspectos da própria vida, obviamente verifica-se o consentimento – admitido até implicitamente – não havendo aí lesão a direito algum. Entretanto, é clara a limitação que o direito à privacidade impõe ao direito à informação.

As informações pessoais são em última análise um ativo, que pode ser tanto forma de riqueza nas mãos de outros, mas também forma de pagamento nas mãos da própria pessoa, quando, por exemplo, esta utiliza um serviço informatizado aparentemente gratuito, mas que ao mesmo tempo escrutina informações sensíveis para “oferecer-lhe uma experiência de utilização do serviço adequada às suas necessidades”. Nesse aspecto questiona-se qual o limite que caberia ao Estado impor para evitar abusos, qual a eficácia da imposição desse limite e se o livre-arbítrio, a liberdade da livre iniciativa de contratação, deve ser mitigada a ponto de caracterizarmos a gênese de um “**hipossuficiente digital**”.⁵⁶

Embora já existam proteções legais para a privacidade, os limites de tempo e volume para aferimento das práticas empresariais na captação de informações, sejam estas cadastrais ou comportamentais, não são regulados em detalhe. Assim, as compras frequentes em determinado estabelecimento comercial podem induzir à oferta de produtos similares, bem como os comentários sobre uma prática esportiva numa rede social⁵⁷ podem ser utilizados para que seja ofertado um serviço de aulas particulares.

A coleta generalizada de informações disponíveis na Internet, inclusive aquelas publicadas pelas próprias pessoas, origina um grande banco de dados

⁵⁶ Neste caso, toma-se emprestado o conceito consumerista de hipossuficiência, que caracteriza a reconhecida situação de vulnerabilidade do consumidor no mercado, sobretudo aqueles sem condições de avaliar adequadamente o produto ou serviço que estão adquirindo. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “A utilização, pelo fornecedor, de técnicas mercadológicas que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor caracteriza a abusividade da prática.” (GRINOVER, Ada Pellegrini al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** Vol. I, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.384)

⁵⁷ Na concepção de Raquel Recuero, as redes sociais modernas impescindem do suporte tecnológico (*Internet*), sem esquecer do componente humano, assim definindo o termo “rede social”, *in verbis*: “[...] é sempre um conjunto de atores e suas relações. A internet é uma ‘rede de redes’. Ela dá abrigo a agrupamentos sociais cuja relação dos sujeitos se dá por uma conversação livre e planetária, sendo, sem sombra de dúvidas, um fator de reestruturação da vida social, da cultura, da comunicação e da política da sociedade atual”. (RECUERO, Raquel, **Redes sociais na internet**. Porto Alegre: Sulina, 2010).

global, que é conhecido por *big data*^{58 59} - conceito que define tanto os dados coletados, a sua origem e os métodos de análise para a tomada das decisões empresariais focadas em aumentar o valor de mercado de um serviço oferecido.

Existe um consenso, na opinião de Laura Schertel Mendes, de que se a informação foi coletada legitimamente e a informação é pública, e o uso feito dessa informação está contido dentro de uma finalidade razoável, não haveria maior polêmica⁶⁰. Ainda, legítima seria a troca de informações negociadas, onde a manifestação de vontade do usuário em utilizar determinado serviço *online* se coaduna com o da empresa em ofertá-lo, em troca de remuneração e/ou uso de suas informações cadastrais e comportamentais. Entretanto, as situações de abuso, seja de empresas quanto de usuários, resultaram na promulgação do Marco Civil da Internet (MCI), visando construir um melhor contato da Sociedade de Informação com o Direito.

Proposto em 2011, o Marco Civil da Internet cuja ementa dispõe “*Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*”, culminou em uma lei específica (lei n. 12.965/2014) para que o Direito estabeleça uma melhor relação com a Internet, tratando de princípios, preenchendo lacunas legislativas e constituindo assim um sistema complementar às leis já existentes, remetendo a uma “ferramenta interdisciplinar codificada” que visa auxiliar autoridades e operadores do direito a transitar entre os seus diversos ramos, respeitando seus princípios e normas concomitantemente à nova realidade social-tecnológica. Eis alguns dos

⁵⁸ Segundo Thomas Hayes Davenport, *in verbis* “*big data* é um termo genérico para dados que não podem ser contidos nos repositórios usuais; refere-se a dados volumosos demais para caber em um único servidor; não estruturados demais para se adequar a um banco de dados organizado em linhas e colunas; ou fluidos demais para serem armazenados em um *data warehouse* estático. Embora o termo enfatize seu tamanho, o aspecto mais complicado do *big data*, na verdade, envolve sua falta de estrutura.” (DAVENPORT, Thomas H., **Big data no trabalho: derrubando mitos e descobrindo oportunidades**; tradução Cristina Yamagami. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014). Com base nesse grande volume de dados adquiridos, são construídas soluções tecnológicas capazes de analisá-los de formas que um ser humano não seria capaz.

⁵⁹ Ainda quanto ao conceito de *Big Data*, Idalberto Chiavenato escreve, *in verbis*: “Estamos na era do big data, um conceito que requer não apenas coleta de dados, mas seu processamento e análise a partir de meios complexos para extrair *insights*, tendências e projeções para o futuro. Os dados em si são destituídos de sentido ou de significado, pois, na realidade, são grupos de símbolos não aleatórios representando quantidades, ações, coisas, etc. Quando um conjunto de dados possui um significado (um conjunto de números ao formar uma data ou um conjunto de letras ao formar uma frase significativa), tem-se uma informação.” (CHIAVENATO, Idalberto. **Gerenciando com as Pessoas: Transformando o Executivo em um Excelente Gestor de Pessoas**, 5th edição. Barueri: Manole, 01/2015, p. 190)

⁶⁰ MENDES, Laura Schertel. Op. cit., p. 68-69.

temas abordados: i) privacidade; ii) guarda de registros de acesso; iii) liberdade de expressão; iv) responsabilidade civil; v) inviolabilidades e sigilo; vi) requisições judiciais; vi) neutralidade da rede, além de outros direitos e garantias ao cidadão.

2.3.7.2 DIREITO DO CONSUMIDOR

No âmbito do Direito do Consumidor discute-se muito sobre os famigerados “termos de uso”, cujo conteúdo raramente é lido em sua completude pelo consumidor, quem muitas vezes é colocado em situação de desvantagem quando frui de determinado serviço contratado, ainda que de forma gratuita, mas com a cessão de informações particulares e dados relacionados ao seu perfil de utilização - seu comportamento no mundo digital - o que atinge valores protegidos até constitucionalmente.

No contexto consumerista de hipossuficiência, evidencia-se o analfabetismo digital, fonte de preocupação político-social, onde massas de excluídos não estão preparadas para o uso das novas tecnologias, ao mesmo tempo em que novas portas de inclusão são abertas. Passa assim a tecnologia a ser um fator indicador do desenvolvimento de uma nação, acumulando-se com outras questões de ordem primária, como saneamento e saúde.

Outro aspecto da devida aplicação do direito no mundo digital prevê hipóteses de inversão do ônus da prova, com já consagrado no Código de Defesa do Consumidor. De fato, a utilização dos registros eletrônicos como meio de prova ⁶¹ é recomendada, pois pode ser facilmente verificada, dando a possibilidade de rastrear praticamente tudo o que acontece no mundo virtual.

Frente a esse cenário de evidentes dificuldades na proteção dos direitos do consumidor, não se poderia aguardar outra atitude estatal senão a regulamentação de aspectos da contratação no comércio eletrônico conforme a edição do Decreto n. 7.962/2013 e alteração do Decreto n. 5.903/2006.

⁶¹ TEIXEIRA, Tarcísio. Op. cit., p.153.

Superada a primeira fase de crescimento do comércio eletrônico no Brasil e o consequente esforço legislativo em delinear algumas linhas gerais, deve-se resgatar ainda o fenômeno das compras coletivas⁶² e dos recentes *marketplaces*⁶³, que não deixam dúvidas de que uma efetiva proteção do consumidor exige do operador do Direito conhecimento do jargão tecnológico e dos recorrentemente novos modelos de negócio praticados no ambiente virtual.

2.3.7.3 DIREITO DO TRABALHO

No Direito do Trabalho - direito de ordem privada, mas com prevalente interesse público - temas como teletrabalho, uso de correio eletrônico e monitoramento das atividades laborais permeiam a discussão das barreiras entre o respeito às garantias mínimas dadas ao trabalhador e a inovação tecnológica que permite positivamente a redução drástica dos deslocamentos casa-trabalho.

Em decorrência da explosão da internet móvel⁶⁴, seria natural o surgimento de inúmeras reclamações trabalhistas e a análise de doutrinadores^{65 66}, em especial quanto à existência de subordinação no trabalho à distância, obviamente mitigada. Esse ambiente redundou na lei 12.551/2011, que alterou o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho e equiparou os efeitos jurídicos da subordinação à distância à exercida por meios pessoais e direitos.

⁶² Conforme Antonio Baptista Gonçalves “[...] é conceituada como um sistema virtual de aquisição de um produto por um preço mais econômico do que o proposto pelo mercado. Então, para tanto, se estabelece um número mínimo de pessoas que devem adquirir aquele produto ou serviço em um determinado período [...]” (GONÇALVES, Antonio Baptista. **Compras coletivas e as lesividades na relação de consumo**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil., Porto Alegre, v. 12, n. 78, p.72-89, 2012. Bimestral.).

⁶³ Segundo Bruno Doneda: “[...] no universo do empreendedorismo e *startups*, pode ser compreendido como uma plataforma virtual na qual pessoas ou empresas conectam-se com intuito de compra e/ou venda de produtos ou serviços. Sob a ótica jurídica – embora o direito brasileiro não reconheça oficialmente a existência mais moderna deste tipo de operação – o conceito se resume à intermediação de negócios online.”. (DONEDA, Bruno. **Marketplaces B2C: riscos jurídicos perante o direito do consumidor**. 2015. Disponível em: <http://seedsolutions.com.br/2015/07/19/marketplaces-b2c-riscos-juridicos-perante-o-direito-do-consumidor/>. Acesso em: 31 out. 2016.).

⁶⁴ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da Internet – reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Ed. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2003, p.192.

⁶⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Trabalho à distância**. In Revista Trabalho & Doutrina n. 24, março de 2000, p. 9.

⁶⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do Trabalho - História e Teoria**, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 6/2014, p. 1056-1063.

2.3.7.4 DIREITO PENAL

Quanto ao Direito Penal, qual a repercussão da biometria, da computação forense⁶⁷ ⁶⁸, dos crimes eletrônicos⁶⁹ (também conhecidos por incidentes digitais) e de toda sorte de fraudes possíveis pela Internet, em especial nos serviços de *home banking*⁷⁰ e em redes sociais? Disso, numa abordagem mais generalista, o que dizer então do uso de documentos eletrônicos, da assinatura e certificação digital e da constituição da prova eletrônica?

No Direito, a questão da prova de autoria sempre foi um desafio, e esta permanece na era digital. A questão de identificar o agente, em especial no ambiente de mobilidade e uso compartilhado da Internet, pode estimular a prática de ilícitos.

A utilização de biometria (impressão datiloscópica) e de certificação digital inibe essa sensação de anonimato nas relações virtuais, mas a adoção em larga escala e padronizada desses elementos de segurança requer a aplicação definitiva do Registro de Identidade Civil. Este é um sistema de identificação baseado em número único, previsto na Lei n. 9.454/1997, regulamentado pelo Decreto n.

⁶⁷ Tarcísio Teixeira ensina, *in verbis*: “Deve-se ter em mente que a ciência forense computacional é um campo de pesquisa relativamente novo, ainda em desenvolvimento, principalmente quanto às instituições legais e à padronização dos procedimentos periciais. No Brasil mesmo, conta-se ainda com poucos pesquisadores na área e poucas normas que estabelecem um padrão ao procedimento a ser adotado na perícia computacional; por conseguinte, acaba-se por gerar um grande número de possibilidades de pesquisa e algumas características próprias.” (TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 6/2015.).

⁶⁸ Ensina Debra Littlejohn Shinder, *in verbis* “Os técnicos em crimes informáticos devem ser treinados em computação forense possuindo uma sólida experiência na área de tecnologia computacional, conhecer como discos são estruturados, como trabalha o sistema de arquivos e como e onde os dados são gravados.” (SHINDER, Debra Littlejohn. **Syngress scene of cybercrime: computer forensics hand- book**. Rockland: Syngress Publishing, 2002, p. 554 apud Daniel Moraes da Costa. **Boas práticas para a perícia forense**.)

⁶⁹ Segundo Damásio de Jesus, *in verbis*: “As recomendações da *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD), de 1986, conceituam crime eletrônico no seguinte sentido: “qualquer comportamento ilegal, aéctico ou não autorizado envolvendo processamento automático de dados e, transmissão de dados, podendo implicar a manipulação de dados ou informações, a falsificação de programas, o acesso e/ou o uso não autorizado de computadores e redes””. (JESUS, Damásio de. **Manual de crimes informáticos**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 12/2015, p. 48 apud Stein Schjolberg. **The History of Global Harmonization on Cybercrime Legislation – The Road to Geneva**, p. 8).

⁷⁰ Gilberto de Almeida Martins esclarece o termo, *in verbis*: “o comércio eletrônico é representado no Brasil, cuja indústria de automação bancária é das mais destacadas do mundo, pela presença das instituições financeiras, que oferecem a seus clientes facilidades como o Internet Banking ou o Home Banking, permitindo que o usuário tenha acesso a operações em uma agência virtual”. (MARTINS, Gilberto de Almeida. **A responsabilidade civil**. I Fórum brasileiro de legislação do documento digital. São Paulo, 1999.).

7.166/2010, mas cuja implantação tem sido repetidamente adiada por contingenciamento orçamentário e conflitos motivados por interesses diversos^{71 72}.

Outros métodos de auditoria eletrônica já auxiliam a determinar de forma relativamente inequívoca a identidade do indivíduo que realizou determinado acesso à informação ou cometeu ato sujeito à apuração no âmbito do Direito, entretanto falham em assegurar a plena certeza. Com isso, urge a adoção mais breve possível dessa forma de identidade digital obrigatória, para que questões civis, criminais, trabalhistas, tributárias, entre outras, quando repousarem sobre o meio digital, possam ter o devido apoio para obter prova de autoria. Releve-se, entretanto, que existe uma força contrária, vinda do próprio cidadão que pretende manter seu anonimato⁷³. A esse respeito Laura Schertel Mendes afirma que:

Se por um lado o ambiente da internet é propício para o desenvolvimento de inúmeras tecnologias de controle, ele também estimula a criação de tecnologias de liberdade, que visam proteger a identidade e a privacidade do internauta, também chamadas de tecnologias de proteção à privacidade, conhecidas pela sigla PET – Privacy Enhancing Technologies.⁷⁴

Em que pese a existência de leis tipificadoras de certas condutas cometidas no ciberespaço e a criação de divisões de investigação pelas respectivas polícias judiciárias, a prova eletrônica ainda é um dos grandes desafios para o êxito da persecução criminal, requerendo atenção às normas materiais pelos peritos forenses criminais, sob risco de nulidade processual. Coaduna com este pensamento Damásio de Jesus ao escrever que:

[...] o novo Direito Digital impõe a necessidade de autoridades se atualizarem, em questões de tecnologia, para que possam efetivamente aplicar as normas sancionadas, fazendo frente ao crime eletrônico e proporcionando uma sociedade da informação minimamente segura, sem forçosos enquadramentos.⁷⁵

⁷¹ VALLE, Caio do. **Em que fase está o projeto de criar um documento único para os brasileiros**. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2017/03/20/Em-que-fase-está-o-projeto-de-criar-um-documento-único-para-os-brasileiros>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

⁷² MERKER, Júlia. **Documento de identidade com chip é aprovado**. 2017. Disponível em: <<http://www.baguete.com.br/noticias/22/02/2017/documento-de-identidade-com-chip-e-aprovado>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

⁷³ Como ferramenta pró-anonimato, pode-se citar o TOR, *software* livre e de código aberto que proporciona o anonimato pessoal ao navegar na Internet e em atividades online, protegendo contra a censura e principalmente a privacidade pessoal.

⁷⁴ MENDES, Laura Schertel. Op. cit., p. 105.

⁷⁵ JESUS, Damásio de. **Manual de crimes informáticos**, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 12/2015, p. 181.

Finalmente, a mera edição de leis como a Lei de Crimes Cibernéticos (lei n. 12.737/2012 – que dispõe sobre a tipificação criminal de alguns delitos informáticos, também conhecida como “Lei Carolina Dieckman”) não eximem também a busca do operador do Direito por conhecimento técnico afeto à tecnologia, sempre relacionando de forma distinta o artefato criminoso, a técnica empregada e o comportamento com o fato típico, objeto da pretensão punitiva. Nesse sentido, segundo o supracitado autor:

É fundamental que o operador do Direito reflita, diante de cada técnica, se a mesma efetivamente corresponde a um comportamento incriminável. Igualmente, o operador do Direito digital deve fazer uma análise se o artefato utilizado pode ou não corresponder a uma atividade criminosa.⁷⁶

O exercício digno da advocacia requer o conhecimento profundo do operador do direito, evitando confusão onde supostos comportamentos criminosos sejam colocados lado a lado com outros comportamentos atípicos, especialmente onde as técnicas empregadas acabam por descaracterizar o tipo penal pretendido ou a conduta descrita no tipo. De fato, muitas técnicas, quando aplicadas de forma isolada, não são abrangidas pela tutela penal, sendo impassíveis de qualquer incriminação. Esse conhecimento, essa sensibilidade, é essencial para que se faça uma defesa plena e processos que envolvam crimes informáticos, e vale também para as autoridades persecutoras, afastando possíveis arbitrariedades do Estado.

2.3.7.5 DIREITO CIVIL

Talvez pela própria amplitude que detém o Direito Civil, este seja o ramo do Direito mais afetado influenciado pelo Direito Digital. Questões concernentes à personalidade e privacidade, obrigações e contratos, propriedade, responsabilidade, família e sucessões – foco da presente monografia – passam a confrontar novos comportamentos da sociedade e do mundo dinâmico dos negócios privados que acabam por desafiar toda a estrutura do direito vigente a rever suas interpretações. Portanto, é natural a legislação cível - ainda que de recente edição - seja apontada por alguns como “obsoleta”, inapropriada para os novos tempos.

⁷⁶ Ibidem, p. 31.

Entretanto, em defesa do atual Código Civil, cabe lembrar as palavras de Miguel Reale:

[...] compreende-se que as inteligências juvenis, entusiasmadas com as novidades da Internet ou a descoberta do genoma, tenham decretado a velhice precoce do novo Código, por ter sido elaborado antes dessas realizações prodigiosas da ciência e da tecnologia, mas os juristas mais experientes deviam ter tido mais cautela em suas afirmações, levando em conta a natureza específica de uma codificação, a qual não pode abranger as contínuas inovações sociais, mas tão somente as dotadas de certa maturação e da devida 'massa crítica', ou já tenham sido objeto de lei.⁷⁷

Entrementes, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho criticam o fato do Código Civil em vigor não trazer regras quanto à formação do contrato pela via eletrônica e estar desatualizado quanto a outros temas pertinentes do Direito Civil, intimamente impactados pela inovação tecnológica e sobremaneira pela *Internet*:

Afigura-se-nos totalmente inconcebível que, em pleno Século XXI, época em que vivemos uma verdadeira revolução tecnológica, iniciada especialmente após o reforço bélico do século passado, um código que pretenda regular as relações privadas em geral, unificando as obrigações civis e comerciais, simplesmente haja ignorado as relações jurídicas travadas por meio da rede mundial de computadores. Importantes questões atinentes à celebração do contrato à distância, ao resguardo da privacidade do internauta, ao respeito à sua imagem, à criptografia, às movimentações financeiras, aos *home banking*, à validade dos documentos eletrônicos, à emissão desenfreada de mensagens publicitárias indesejadas (SPAMs), tudo isso mereceria imediato tratamento do legislador.⁷⁸

Numa visão mais conciliadora, Flávio Tartuce reconhece a polêmica da “Internet” em sentido amplo – reconhecida nisto qualquer inovação tecnológica relacionada ao espaço cibernético –, o que traz debates calorosos, quando escreve:

[...] pois não se trata somente de discutir os princípios protetivos da intimidade humana, havendo a necessidade de ser elaborada uma nova concepção do conceito de privacidade, além do aspecto corpóreo, já que estamos lidando com o aspecto virtual-imaterial.⁷⁹

Este autor identifica dois grupos de doutrinadores, divididos quanto à natureza jurídica da *Internet* e dos assuntos a ela ligados: “aqueles que argumentam que, não havendo legislação específica regulando o tema, a sua natureza seria *sui generis*” e

⁷⁷ REALE, Miguel. **O Novo Código Civil e seus críticos**. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2016..

⁷⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

⁷⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 12/2015.

outros que sustentam que “por ser matéria privada, as questões a ela referentes deveriam ter constado no Código Civil de 2002, o que dota a nova codificação de caráter antiquado, por não ter regulado os atuais paradigmas da sociedade atual”. Flávio Tartuce entende que na ausência de lei específica, seria o atual Código Civil aplicável aos contratos eletrônicos, por exemplo, utilizando-se as regras gerais de responsabilidade civil, como por exemplo, o abuso de direito (art. 187 do Código Civil).

Quanto à prova eletrônica, o novel código processual civil bem a acolhe, cabendo transcrever o art. 422 do Código de Processo Civil (lei n. 13.105/2015), com destaque especial para seus §§1º e 3º:

Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida. § 1.º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia. § 2.º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte. § 3.º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica.⁸⁰

É válido ressaltar que o entendimento hoje contido na lei processual já havia sido absorvido no meio jurídico através do Enunciado n. 18⁸¹, aprovado pela I Jornada de Direito Civil - ocorrida em setembro de 2002 - no tocante à quitação regular e aos contratos eletrônicos, sendo admitida a quitação por meios eletrônicos ou outras formas de comunicação à distância, o que à época de sua edição trouxe grande aplicação prática.

2.3.7.5.1 DIREITO DAS SUCESSÕES

No Direito das Sucessões, há discussão recente quanto ao “acervo digital” do *de cuius*, foco inclusive da presente monografia, e que será devidamente

⁸⁰ BRASIL. **Lei n. 13.105/2015**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 nov. 2016.

⁸¹ BRASIL. **Enunciados aprovados – I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2016.

escrutinado em capítulo próprio. Inúmeros são os casos analisados sobre famílias que desejam encerrar os perfis de seus entes falecidos em redes sociais, ou deixar uma homenagem, avisando a qualquer visitante que se trata de uma pessoa falecida.

Ainda, há outras questões como: i) que qual o direito desses mesmos familiares a arquivos de mídia adquiridos por este *de cujus* na rede, como músicas e filmes; ii) se a valoração desses bens que seriam transmitidos denotariam um fato gerador para o Estado; iii) se quanto a determinados bens afetivos, de cunho personalíssimo, como mensagens eletrônicas fruto de relacionamento íntimo, seriam estes expostos à sucessão digital e passíveis de acesso pelos herdeiros.

Enfim, haveria algum procedimento padrão a garantir a “sucessão digital”?

Novamente, são dilemas reais que serão abordados oportunamente. Cabe aqui uma importante ressalva quanto ao nome “sucessão digital”. Este não deve ser confundido com o “testamento digital”, modalidade na qual são gravadas as liberalidades do *de cujus* utilizando-se de meio de armazenamento digital e que repercute no processamento da sucessão.

3 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

No presente capítulo serão expostos alguns dos princípios básicos do direito sucessório no Brasil, trazendo elementos históricos e culturais que moldaram o vigente conjunto normativo, assim como os institutos concebidos para apreciar os efeitos do término da personalidade civil.

A partir de uma visão macroestrutural do objeto de estudo do Direito das Sucessões e seus principais elementos - como campo de especialização do Direito Civil – depreende-se suprida a base conceitual que permite abordar o tema proposto na presente Monografia. A intersecção com o Direito Digital é derradeira, na medida em que casos práticos forem trazidos a conhecimento no capítulo seguinte.

3.1 INTRODUÇÃO

Ao buscarmos a conceituação de Direito das Sucessões, deparamo-nos com duas definições um tanto quanto similares. Para Carlos Roberto Gonçalves esse ramo do Direito representa o “conjunto das normas reguladoras da transmissão dos bens e obrigações de um indivíduo em consequência da sua morte”⁸², ou seja, abarca a transferência do patrimônio do falecido, quer do ativo como do seu passivo, para o sucessor. Semelhante significado é dado por Sílvio Rodrigues que afirma: “o direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores.”⁸³. Portanto, de acordo com o exposto, o grande dilema da sucessão está em determinar qual critério deve ser utilizado para servir de motivação na indicação do seu destinatário. Seja por presunção legal, seja segundo a autonomia da vontade do autor em vida, esse critério se mostra variável, segundo o contexto histórico e o pensamento vigente ao qual se pretenda seguir.

⁸² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 7: direito das sucessões**, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 20.

⁸³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil - Direito das Sucessões - Volume 7** - 26ª Edição - Coleção Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 07/2003, p. 3.

Como inicialmente posto, a acepção da palavra “sucessão” toma contorno diferenciado no Direito das Sucessões. Foge da visão irrestrita, em que alguém sucede algo a outrem ainda em vida (inter vivos) e dá caminho a um sentido restrito, que é motivado pela *causa mortis*⁸⁴. Esse é o foco do presente estudo, que abraça todo conjunto normativo que vigia o procedimento de legalização, superando a realidade jurídica transitória do espólio, para definitivamente transmitir o acervo deixado pelo falecimento de alguém a herdeiros legítimos ou testamentários.

Nesse contexto, é digna de nota a relevante evolução que acompanha a redação do artigo art. 1.784 do Código Civil, que dispõe: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”⁸⁵. Nesse aspecto, Caio Mário Silva Pereira⁸⁶ denota uma mudança redacional inútil ao se sobrepor o termo “herança” sobre a expressão “domínio e a posse da herança”⁸⁷, como constava no Código Civil de 1916 (artigo 1.572), o que prejudicaria ao intérprete da lei a determinação do momento da transmissão da posse e domínio. No entanto, Carlos Roberto Gonçalves⁸⁸ enxerga uma significação mais ampla e moderna preferida pelo legislador da novel codificação, não somente afim aos bens materiais e corpóreos.

De acordo com seu entendimento, a palavra “herança” tem maior abrangência, incluindo o patrimônio do *de cuius*⁸⁹, representando uma universalidade de direito, um complexo de relações jurídicas que possuem valor econômico (Código Civil art. 91). Aos bens incorpóreos não se pode aplicar o conceito de “domínio”, pois carecem de concretude, não possuindo existência física, tais como a vida, a liberdade, os direitos autorais e o crédito. Disso repercute, portanto, a correta substituição pela palavra “herança” no vigente diploma cível, segundo Carlos Roberto Gonçalves:

⁸⁴ Do latim “Por causa da morte”.

⁸⁵ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁸⁶ PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. VI - Direito das Sucessões**, 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 03/2016.

⁸⁷ BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

⁸⁸ Gonçalves, Carlos R. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. Volume 7, 10ª edição.. Saraiva, 12/2015, p. 39.

⁸⁹ Abreviatura do latim *de cuius successione agitur*, que significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”.

A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis.⁹⁰

Semelhante compreensão tem Sílvio de Salvo Venosa, que afirma:

O termo herança é exclusivo do direito que ora estudamos. Daí entende-se herança como o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido.⁹¹

Mesmo considerada a preservação dos bens deixados como uma característica típica da ausência, do falecido não se distancia idêntica proteção legal, encargo esse dado aos herdeiros. Ressalve-se, entretanto, que o direito sucessório não se funda necessariamente no Direito de Família, participação essa facultativa como pontua Maria Helena Diniz: “Na verdade, poder-se-á dizer que o fundamento do direito sucessório é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família”⁹². De fato, não devem ser esquecidas as situações em que o próprio Estado sucede o *de cuius*.

Em virtude disso, consideram-se no procedimento sucessório não somente os prováveis familiares, mas também os interesses comuns da sociedade (função social), com a preocupação de impedir evidente deterioração ou perecimento do patrimônio, como dita a própria carta magna em seu art. 5º inciso XXIII “a propriedade atenderá a sua função social;”⁹³. Essa função social guia o direito sucessório, como pontua Maria Helena Diniz ao citar Gustav Radbruch:

[...] uma vez que o ser humano, buscando seu próprio interesse, tende a adquirir, em seu proveito, bens, atendendo assim, indiretamente, ao interesse social, pois aumenta o patrimônio da sociedade. Por isso, a sociedade permite a transmissão de bens aos herdeiros, estimulando a produção de riquezas e conservando unidades econômicas a serviço do bem comum.⁹⁴

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 32.

⁹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v. 7: direito das sucessões**, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 6.

⁹² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões**, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 19.

⁹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões**, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 20.

Esse enfoque do direito sucessório, em benefício do bem comum, encontra abrigo na teoria econômica de Adam Smith, em sua obra “A Riqueza das Nações”, em que o autor afirma que a livre iniciativa promove o bem-estar social, na medida em que o esforço individual para maximizar o próprio bem-estar cria uma situação favorável não somente para o indivíduo, mas para toda a sociedade⁹⁵.

Indo além, é importante pontuar o interesse de o próprio Estado determinar em alguns casos a titularidade do patrimônio deixado para um ente privado, pois dessa incerteza pode resultar um ônus ao ser responsabilizado pela manutenção de propriedade que não lhe caberia, o que atingiria sua própria economia. Em casos mais gravosos, trata-se de risco claramente identificável à capacidade produtiva de cada indivíduo a inexistência da previsão do direito sucessório, desestimulado este indivíduo em não poder destinar à sua família os frutos de seu esforço. Por este motivo, até sistemas políticos baseados na propriedade comum cederam ao direito sucessório, como denota Sílvio de Salvo Venosa ao citar Washington de Barros: “[...] até mesmo a revolução russa teve que voltar atrás, uma vez que abolira o direito sucessório. A constituição soviética de 1936 acabou por reestabelecer o direito à herança, sem restrições.”⁹⁶

Independentemente da jurisdição, o estudo comparado⁹⁷ do Direito das Sucessões evidencia que, além da ampla adoção da sucessão entre diferentes culturas e credos, existem três modos de alguém se tornar herdeiro: seja por contrato (inadmitido no direito brasileiro), por sucessão testamentária ou por sucessão legítima ou legal. Famoso exemplo de sucessão contratual é trazido por Paulo Lôbo⁹⁸, diretamente do texto bíblico, quando Jacob compra de Esaú seus direitos de progeneritura⁹⁹, coisa comum dos povos primitivos.

⁹⁵ GENNARI, Adilson. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 60.

⁹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, v.7: direito das sucessões**, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4.

⁹⁷ CASTELEIN, Christoph; FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain (Orgs.). **Imperative inheritance law in a late-modern society**. Antuérpia: Intersentia, 2009, p. 3.

⁹⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil : sucessões**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 12/2013, p. 17.

⁹⁹ Cf. Arnaldo Rizzardo *in verbis* “Com a morte do pai, a administração passava ao filho primogênito, sempre do sexo masculino. E nestes sistemas (em que só o filho primogênito herdava), ficava o patrimônio nas mãos de um ramo familiar. O primogênito tornava-se opulento. Os demais filhos trabalhavam para aquele, a quem ficavam subordinados, e numa situação econômica inferior.” (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**, 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 07/2015).

3.2 ASPECTOS HISTÓRICOS

O direito clássico via no herdeiro uma espécie de sucessor não apenas do patrimônio, mas sobretudo da família, considerando esta como um “culto familiar”, hereditário, e que deveria ser protegido e perpetuado. Assim sendo, para que este culto não se extinguisse, a propriedade era transmitida por consequência. O lar era visto como um elemento sagrado e jamais abandonado. Nas palavras de Maria Berenice Dias “Por muitos séculos os direitos patrimoniais não se partilhavam, pertenciam à sociedade familiar” ¹⁰⁰.

Por este motivo o testamento, a disposição por ato de última vontade, era a regra, visto como um instrumento importantíssimo pelos romanos e outros povos antigos, pois somente através dele poderia se dar continuidade à família, evitar a extinção da sua identidade, e assim contentar os mortos. Era rito necessário de passagem da titularidade do patrimônio do *bonus pater familiae* ¹⁰¹. Essa operação da sucessão ocorria somente na linha masculina, pois às filhas mulheres caberia renunciar a sua própria família (culto) em prol da família do marido, enquanto o filho era visto como o sacerdote do culto familiar. Isso repercute culturalmente ainda, ao ponto que algumas legislações ainda concedem mais benefícios ao descendente varão. À filha, concedia-se um título provisório, semelhante ao usufruto ¹⁰².

Como regra, o testamento para os gregos e romanos poderia ser excepcionado em alguns casos, por exemplo, quando não houvesse filhos. Orlando Gomes descreve esse embrião da vocação hereditária:

No Direito das XII Tábuas, o *pater familiae* tinha absoluta liberdade de dispor dos seus bens para depois da morte, mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros [...] ¹⁰³

Entretanto, não convivia a sucessão testamentária e a legítima (ou era indicado um herdeiro, ou na falta da indicação, era a lei que o fazia). Comum também era a prática da adoção para constituir um herdeiro que desse continuidade

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

¹⁰¹ Do latim “Bom pai de família”, o homem cumpridor de seus deveres.

¹⁰² COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957, p. 103.

¹⁰³ GOMES, Orlando. **Sucessões**, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Revisada e atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, p. 3.

à linhagem. Já entre os hebreus, era comum a distribuição do patrimônio ainda em vida ¹⁰⁴.

Ultrapassado o contexto de crença, havia o interesse dos credores que já era respeitado naquela época, depositando-se no herdeiro a responsabilidade de adimplir as obrigações contraídas pelo falecido. Entretanto, como os patrimônios se fundiam, a limitação do alcance das dívidas foi fruto de evolução bem mais tardia.

De qualquer modo, ainda que existam reminiscências do direito sucessório da antiguidade, a fórmula atualmente adotada no direito brasileiro deriva da *saisine* ¹⁰⁵ cuja origem medieval remete diretamente ao contexto feudal europeu. Nesse âmbito, ocorrido o falecimento do servo àquela época, o domínio pleno de sua parcela de terra retornava ao senhor feudal, pois do servo se resguardava mera posse para a produção agrícola, em sistema parecido ao atual arrendamento rural (conforme Decreto n. 59.566/1966¹⁰⁶). Aos sucessores pretendentes à manutenção dessa posse era esperado um pagamento de tributos para sua respectiva imissão, fato este desejado pelo senhor feudal disposto a continuar a relação arrendatícia.

No entanto, doutrinadores franceses¹⁰⁷, por volta do século XIII (bem antes da codificação napoleônica¹⁰⁸), inspirados por instituto de origem germânica (*Der Tote erbt den Lebenden*¹⁰⁹), chegaram à primeira conclusão sobre o princípio de *saisine*, marcando como característica básica a transmissão imediata dos bens do *de cuius* aos seus sucessores (*le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche* ¹¹⁰), e assim

¹⁰⁴ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil - Vol. VII - Direito das Sucessões**, 16ª edição. São Paulo: Atlas, 02/2016, p. 3.

¹⁰⁵ A expressão francesa *saisine* deriva do vocábulo latino *sacire*, que significa “apropriar-se”, “se imitar na posse”, “pôr para dentro”. Do vocábulo *saisine*, pode-se dizer em uma tradução popular, “posse de bens”, que vem do verbo *saisir*, que dentre os seus vários sentidos tem o de apoderar-se (de um bem). Pontes de Miranda aportuguesa a expressão para a palavra *saisina*, registrada apenas pelo recém-publicado Dicionário Houaiss, que lhe atribui o sentido técnico-jurídico: “direito de possuir por imperativo da lei, ou posse que o direito dá de forma diversa do ato de possuir”.

¹⁰⁶ BRASIL. **Decreto n. 59.566 de 14 de Novembro de 1966**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

¹⁰⁷ KRYNEN, Jacques. **La mort saisit le vif. Genèse médiévale du principe d'instantanéité de la succession royale française**. In: *Journal des savants*. 1984, nº 3 - 4. pp. 187-221. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/jds_0021-8103_1984_num_3_1_1482. Acesso em: 13 nov. 2016.

¹⁰⁸ O Código Civil francês, de 1804 — Code Napoléon —, diz, no art. 724, que os herdeiros legítimos, os herdeiros naturais e o cônjuge sobrevivente recebem de pleno direito (*son saisis de plein droit*) os bens, direitos e ações do defunto, com a obrigação de cumprir todos os encargos da sucessão.

¹⁰⁹ “O vivo herda do morto”, tradução polêmica abordada em artigo por Pablo Stolze em <<https://jus.com.br/artigos/22040/der-tote-erbt-den-lebenden-e-o-estrangeirismo-indesejavel>>.

¹¹⁰ Quando um homem está morto, sua propriedade passa para o seu herdeiro legítimo, sem qualquer formalidade de justiça.

contornando o costumeiro pagamento ao senhor feudal para viabilizar a imissão na posse dos herdeiros do servo falecido. A transmissão medieval era peculiar por prevalecer o direito de primogenitura, ou seja, além de tradicionalmente se operar aos homens, operava-se unicamente ao filho mais velho, para garantir a integralidade do patrimônio familiar. Esses privilégios, da masculinidade e do direito de primogenitura, vieram a ser abolidos somente na Revolução Francesa¹¹¹.

A finalidade do instituto da saisina é a defesa do direito de herança, da propriedade dos bens que a compõem o acervo, em favor dos herdeiros do *de cuius*, ocorrendo então a posse indireta dos bens até a partilha do patrimônio em definitivo. Nisso, a morte, mesmo ignorada pelos herdeiros e independente de qualquer ato destes, ocasiona a abertura da sucessão e transmite, desde logo, a posse e a propriedade de todos os bens do *de cuius* para estes.

A esse respeito, Luiz Paulo Vieira de Carvalho¹¹² afirma que há uma ficção jurídica sobre a abertura da sucessão coincidir cronologicamente com o falecimento, de forma a eternizar a propriedade, incentivando que os herdeiros assumam sua titularidade desde já, assumindo direitos e obrigações inerentes aos bens do *de cuius* e assim afastando o risco de extinção desse complexo de relações jurídicas que orbitam o acervo. Por assunção de direitos, compreende-se, por óbvio, a possibilidade de imediato exercício da posse dos bens, antes alheios.

No Brasil, o princípio da saisina influenciou a legislação pátria mesmo antes do Código Civil de 1916, conforme comenta Carlos Roberto Gonçalves:

A mesma solução constou no art. 978 da Consolidação das Leis Cíveis, de Teixeira de Freitas, e do art. 1.572 do Código Civil de 1916, que dispunha: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.¹¹³

¹¹¹ GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões**. Volume 7, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 12/2015, p. 23.

¹¹² CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 05/2015, p. 77.

¹¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 7: direito das sucessões**, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 24.

Finalmente, antes mesmo da iniciativa de Teixeira de Freitas, o *droit de saisine* foi introduzido no direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, reafirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1786.¹¹⁴

3.3 BASE CONSTITUCIONAL

Embora se destaque a base histórica eminentemente civilista, a carta magna brasileira não prescindiu de dialética com o direito sucessório. Conjugada com a já mencionada função social, que alterou significativamente a noção dos poderes individuais sobre a propriedade, outros princípios ali foram instituídos, vindo a confrontar o Código Civil de 1916, que demonstrava sinais de exaurimento frente à realidade das famílias. Nesse sentido, as notas de revisão de Mario Roberto Carvalho de Faria na obra de Orlando Gomes trazem:

A constituição federal trouxe duas disposições importantes acerca do direito sucessório: a do art. 5º, inciso XXX, que inclui entre as garantias fundamentais o direito de herança; e a do artigo 227, §6º, que assegura a paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, assim como por adoção.¹¹⁵

Além da constitucionalização do direito sucessório e da paridade de direitos, faz-se necessário invocar o princípio da dignidade humana (Constituição Federal, art. 1º, inciso III), prestigiado pelos institutos civilistas da indignidade e da deserdação, cuja afronta é punível com sanção de ordem patrimonial ao herdeiro.

A Constituição Federal primou sob sua tutela constitucional a família, conforme o art. 226 ao afirmar que esta é “a base da sociedade” e ao dispor um redimensionamento do direito de família ao reconhecer a estrutura monoparental e a união estável, colocando o direito sucessório, antes predominantemente patrimonial, a serviço das pessoas, e não o contrário.

Essa limitação de vários institutos do direito civil é marcante na Constituição Federal, causando uma despatrimonialização que influenciou diretamente na redação do Código Civil de 2002, ao relativizar a interpretação das cláusulas testamentárias,

¹¹⁴ SILVA, Regina Beatriz da. Código Civil comentado, 9ª Edição.. Saraiva, 03/2013, p. 1762.

¹¹⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões**, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 4.

retirando do titular do patrimônio a possibilidade de disposição total, liberdade esta possível no tempo do *pater familiae* ¹¹⁶.

Ainda, inovou a Constituição Federal ao incluir como herdeiro necessário o cônjuge, concorrendo este com descendentes e ascendentes, em razão do princípio da solidariedade, do dever de assistência aos membros do grupo familiar. Por isso, afirma Maria Berenice Dias: “O campo sucessório é terreno fecundo para o reconhecimento de garantias e direitos fundamentais”. ¹¹⁷ Assim, o afeto foi elevado à categoria de direito tutelado pela constituição e principal fundamento do direito sucessório, presumido na lei civil quando não foi disposto em ato de última vontade.

3.4 A ABERTURA DA SUCESSÃO

A abertura da sucessão, via de regra, se dá com a morte natural, assim conceituada no art. 6º do Código Civil¹¹⁸: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

Entretanto, *in fine* ao comando vislumbra-se a presunção da morte, no caso dos ausentes. Acresce-se a isso a decretação da ausência em casos notadamente de perigo de vida ou guerra, conforme o art. 7º do supracitado diploma.

Enfatizando o disposto no Código Civil, Maria Helena Diniz escreve: “A morte natural é o cerne de todo direito sucessório, pois ela determina a abertura da sucessão, uma vez que não se compreende sucessão, sem o óbito do *de cuius*, dado que não há herança de pessoa viva.” ¹¹⁹

Todo esse tratamento é devido para acolher uma das variáveis mais importantes da sucessão, que é o momento, determinante como critério de vigência

¹¹⁶ Do latim “pai de família”.

¹¹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

¹¹⁸ BRASIL. **Lei n. 10406/2012. Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 nov. 2016.

¹¹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões**, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 34.

da lei no tempo (Código Civil art. 1.787) no tocante aos aspectos materiais, aplicando-se a máxima do *tempus regit actum*¹²⁰.

Em contínua discussão quanto ao momento de abertura da sucessão, há divergência explícita entre o diploma processual e material quanto ao processamento do inventário no tocante dos prazos para a instauração do procedimento, requisito da partilha. A nova redação constante do Código de Processo Civil¹²¹ em seu art. 611 previu um prazo de dois meses, destoando do texto do Código de Processo Civil anterior¹²² que estabelecia 60 dias (art. 983) e mantendo o conflito frente ao Código Civil no seu art. 1.796 (30 dias). Perdeu-se aqui grande oportunidade para convergir os prazos entre as codificações, mas por se tratar de contagem de prazos, regra típica processual, o diploma material é afastado em nome do critério da especialidade, solucionando o conflito entre as normas. Independentemente disso o que se tem é um prazo impróprio, sem sanção contida na lei, mas cujo viés arrecadatório - de interesse da Fazenda Pública quanto ao imposto de transmissão sobre *causa mortis* (ITCMD) - acabou prevalecendo na suprema corte, conforme as Súmulas 112¹²³ e 542¹²⁴ do Supremo Tribunal Federal, que permitiram a possibilidade de sanção tributária (multa fiscal) para os herdeiros, instituídas estas em leis estaduais ou distritais. Sobre isso, Sílvio de Salvo Venosa esclarece:

¹²⁰ Do latim “o tempo rege o ato”, acerca da determinação do termo inicial de vigência de uma norma. Aqui, os aspectos materiais da sucessão serão regidos pela norma civilista vigente à época da sua abertura.

¹²¹ BRASIL. **Lei n. 5.869/1973. Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 3 nov. 2016.

¹²² BRASIL. **Lei n. 13.105/2015. Código de Processo Civil.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 3 nov. 2016.

¹²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 112. O impôsto de transmissão causa mortis é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 11 nov. 2016.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 542. Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da últimação do inventário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_501_600>. Acesso em: 11 nov. 2016.

O prazo de 60 dias, a contar da morte, para a abertura do inventário, é exemplo de norma imperfeita: não possui sanção. Os Estados-membros, porém, estatuíram, como regra, uma sanção indireta: ora dando um desconto no imposto *causa mortis*, se requerido no prazo, ora impondo uma multa tributária pelo excesso de prazo, o que na prática vem a dar o mesmo.¹²⁵

Outra variável que não deve ser olvidada é o lugar, conforme o artigo 1.785 do Código Civil: “A sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido.” Em breve análise dá-se a impressão do comando determinar onde deve se dar o procedimento de legalização consequente da abertura da sucessão para todas as situações. Entretanto, a lei n. 8.935/1994 (Lei dos Cartórios), que complementa a Lei de Registros Públicos (n. 6.015/73) e regula do art. 236 da Constituição Federal, reza em seu artigo 8º: “É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.”¹²⁶, reiterando a noção de liberdade do foro para o caso do inventário extrajudicial.

Esse entendimento é corroborado na resolução 35/2007 do CNJ que orienta a realização dessa modalidade de inventário extrajudicial instituído pela lei 11.441/2007, como se constata em seu art. 1º: “Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei nº 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do CPC.”¹²⁷. Com isso, os bens podem estar localizados numa unidade da federação, e o *de cujus* ter sido domiciliado em outra, e o local da abertura do procedimento sucessório (local do óbito) ter ocorrido em terceira localidade. Os interessados (preliminarmente os herdeiros, seja legítimo, seja testamentário) tem a prerrogativa de eleição do foro, seguidos pelos credores, em caso de inércia dos primeiros.

A abertura da sucessão provoca a manifestação da aceitação da transmissão de bens pelos herdeiros, ou de sua renúncia, ainda que não seja o fato gerador da aquisição hereditária, pois esta se deu instantaneamente. A aceitação comporta

¹²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.7: direito das sucessões**, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 99.

¹²⁶ BRASIL. Lei n. 8.935/1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm>. Acesso em 30 ago. 2016.

¹²⁷ BRASIL. **Resolução n. 35 de 24 de abril de 2007**. Disponível em <www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n35-24-04-2007-presidencia.pdf>. Acesso em 30 ago. 2016.

várias formas de manifestação, seja tácita, presumida ou expressa. A ignorância pelos herdeiros da abertura da sucessão é irrelevante, dada previsão da aceitação presumida. Já a renúncia deve ser expressa e solene (observância às formalidades legais), não permitido qualquer pacto sucessório para tal fim. Irrevogáveis tais manifestações (art. 1.812), adquire o herdeiro o direito à herança (Código Civil art. 1.804), sob o que se chama “adição”¹²⁸. Nas palavras de Orlando Gomes:

A aquisição da herança opera-se em momento cronologicamente ulterior à delação, embora se transmita, *ex vi legis*, com a abertura da sucessão. Do herdeiro chamado, concede a lei a faculdade de deliberar se aceita, ou não, a herança transmitida *ipso jure*. Sua deliberação tem de ser declarada, expressa ou tacitamente, para confirmação dos efeitos da devolução sucessória.¹²⁹

Como não existe herança de pessoa viva (*viventis nulla hereditas*), é a morte o momento derradeiro, comprovada no plano biológico e jurídico, a servir como instante da aquisição do direito de suceder.

3.5 HERANÇA

A herança é o objeto da sucessão hereditária, não se confundindo com sucessão, que é o ato de suceder, que ocorre tanto por ato inter vivos como por *causa mortis*. Herança é um termo exclusivo do direito sucessório e compreende-se como uma universalidade de direito, um complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico (Código Civil art. 91), cujos bens, direitos e obrigações (art. 943) são indeterminados, a serem definidos somente na partilha. Orlando Gomes apresenta uma definição para este termo: “Herança é o patrimônio do defunto. Não se confunde com o acervo hereditário constituído pela massa dos bens deixados, porque pode compor-se apenas de dívidas, tornando-se passiva.”¹³⁰

¹²⁸ Segundo Flávio Tartuce, *in verbis*: “A aceitação ou adição da herança – *additio hereditatis* – é o ato do herdeiro que confirma a transmissão da herança. Repise-se que não se trata do ato que gera a transmissão da herança em si, o que ocorre por força do art. 1.784 do CC/2002 e da *droit de saisine*, com abertura da sucessão, que se dá pela morte do falecido.” (TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Vol. 6 - Direito das Sucessões**, 9ª edição. Forense, 12/2015, p. 82.

¹²⁹ GOMES, Orlando. **Sucessões**, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 22.

¹³⁰ *Ibidem*.

Já Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald concedem um significado mais detalhado, como segue: “[...] é o conjunto de relações jurídicas, ativas e passivas, patrimoniais pertencentes ao falecido e que foram transmitidas aos seus sucessores, por conta de sua morte, para que sejam partilhadas.”¹³¹

Na definição apresentada por Carlos Roberto Gonçalves, a universalidade é detalhada ao tratar os legados, coisa certa e determinada a alguém, sem prejuízo da mesma aplicação para o conceito herança:

Podem ser objeto do legado: coisas corpóreas (imóveis, móveis, semoventes), bens incorpóreos (títulos, ações, direitos), alimentos, créditos, dívidas, todas as coisas, enfim, que não estejam fora do comércio e sejam economicamente apreciáveis.¹³²

Quanto a esse objeto, observa-se um importante limite no trato sucessório, conforme o Código Civil art. 1.792 “O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”. Por óbvio, todo e qualquer compromisso deixado pelo *de cuius* deve ser atendido. A insatisfação dos credores pode ocorrer parcial, ou total, em atendimento à ordem de preferência. Essa insatisfação decorre por força do art. 1.821 “É assegurado aos credores o direito de pedir o pagamento das dívidas reconhecidas, nos limites das forças da herança”. Em razão disso, os herdeiros renunciantes não podem prejudicar os credores, como dita Ana Cláudia Silva Scalquette:

Se a renúncia prejudicar credores, poderão esses, com autorização do juiz, aceitá-la em nome do renunciante (art. 1.813, CC). Os credores têm de provar: a) que são credores; b) que ao herdeiro renunciante não sobravam recursos para saldar suas dívidas.¹³³

Como consequência, a herança pode restar negativa (menos bens e direitos que obrigações) ou positiva (mais bens e direitos que obrigações), sendo essencial a verificação do que foi deixado pelo falecido, o que pode abarcar tanto créditos como débitos. Constatada a insuficiência, o ônus é do credor que não avaliou corretamente a capacidade financeira do *de cuius*.

¹³¹ FARIAS, Cristiano de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**, (V. 07). São Paulo: Atlas, 03/2015, p. 31.

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 7: direito das sucessões**, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 366.

¹³³ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva . **Família e Sucessões**, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 03/2014, p. 136.

A transmissão automática por força da abertura da sucessão não torna os herdeiros titulares do domínio, detentores da posse indireta, pois previamente os débitos deixados pelo *de cuius* devem ser liquidados frente ao espólio administrado pelo inventariante, que exerce a posse direta. Satisfeitos os credores, cumpridas as obrigações pelo espólio por autorização de venda autorizada pelo juízo, tem-se a herança líquida que será finalmente partilhada. Os herdeiros são beneficiados com a efetivação da transmissão dessa herança líquida, momento no qual ocorre a transferência da titularidade. Nas palavras de Luiz Paulo Vieira de Carvalho:

[...] o que será distribuído entre sucessores do *de cuius* não é a herança bruta (os bens, direitos, créditos e débitos transmissíveis), e sim a herança líquida, isto é, bens, direitos e créditos menos os débitos e as dívidas de funeral, a significar que a substituição far-se-á *in commodum et incomodum*¹³⁴ – art. 1.998 do Código Civil, separando-se, do monte hereditário, a meação do cônjuge ou companheiro supérstites, denominando-se o saldo de tais operações de herança positiva.¹³⁵

Sobre esse aspecto cabe a indagação se a herança, por si só, é um ente que pode participar de relações jurídicas em representação dos interessados na sucessão, enquanto esta não se resolve. Nessa oportunidade, Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald esclarecem que “o espólio é o ente despersonalizado que representa a herança, judicial ou extrajudicialmente, quando se fizer necessário”¹³⁶.

E quem efetivamente representa o espólio? É o inventariante que realiza, em nome do espólio, uma série de transações, como compra, venda e contratação de serviços, com o propósito de adimplir com as obrigações contraídas perante credores ou conservar o acervo deixado. Disso, a sucessão pode sequer ocorrer, caso não reste herança líquida, a ser transmitida formalmente. Sobre esse procedimento, Antonio Carlos Marcato esclarece que:

Inventário (do latim *invenire*: achar, encontrar) é, portanto, o arrolamento detalhado dos bens, créditos e quaisquer outros direitos integrantes do acervo hereditário (monte-mór ou herança bruta), tendo por objetivo a apuração da herança líquida (ou monte-partível) e sua posterior partilha

¹³⁴ Do latim “quem recebe as vantagens também deve receber as desvantagens” (*qui commodum sentit et incommodum sentire debet*).

¹³⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 05/2015.

¹³⁶ FARIAS, Cristiano de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**, (V. 07). São Paulo: Atlas, 03/2015, p.33

entre os herdeiros (ou adjudicação, havendo apenas um) ou, sendo o caso, entre os legatários, cessionários e credores do espólio.¹³⁷

Deve-se aqui reparar especial sucessão de cunho obrigacional futuro, de dívida não vencida, a influenciar a herança líquida e a ordem de preferência, conforme o disposto no art. 1.700 “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.” que remete às obrigações com credores alimentícios, condição esta que não se confunde com a condição cumulada de herdeiro necessário. Nesse contexto, é relevante a contribuição de Paulo Lôbo:

Nesse sentido, decidiu o STJ (REsp 219199), interpretando o art. 1.700 do Código Civil, que o espólio tem a obrigação de prestar alimentos àquele a quem o de cujus devia, mesmo vencidos após a sua morte. Enquanto não encerrado o inventário e pagas as quotas devidas aos sucessores, o autor da ação de alimentos e presumível herdeiro não pode ficar sem condições de subsistência no decorrer do processo.¹³⁸

Nisso, o alimentando estará habilitado como um credor qualquer antes mesmo da destinação do acervo, ainda que seja um dos destinatários da sucessão hereditária. Seus interesses se manifestam primeiro como alimentando, e segundo na qualidade de herdeiro. A abordagem realizada no Código Civil art. 1.694 e presente na Lei de Alimentos (Lei n. 5.478/1968) é silente quanto à determinação do termo final da prestação dos alimentos. A partir disso, passou-se a visualizar no binômio necessidade-capacidade um parâmetro para a fixação do *quantum debeatur*¹³⁹ em inclusive para a extinção da obrigação, pois como escreve Nehemias Domingos de Melo: “Não existe obrigação que seja eterna. Todas as obrigações extinguem-se depois de um determinado tempo. Mesmo a prestação alimentar se insere nisso.”¹⁴⁰.

3.5.1 INDIVISIBILIDADE

A herança é condicionada a uma realidade jurídica **indivisível**, conforme Código Civil art. 1.791:

¹³⁷ MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais**, 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 173.

¹³⁸ LÔBO, Paulo. **Direito civil: sucessões**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 12/2013, p. 31.

¹³⁹ Do latim “quantia devida”, a determinação da obrigação em valor pecuniário.

¹⁴⁰ MELO, Nehemias Domingos de. **Lições de Direito Civil: Família e Sucessões** (,v.5). São Paulo: Atlas, 04/2014, p. 123.

A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, eis a consequência dessa indivisibilidade: “Por conseguinte, cada um dos herdeiros tem os mesmos direitos e deveres em relação ao todo, não cabendo a nenhum deles direito e deveres sobre um ou mais bens determinados da herança [...]”¹⁴¹

Em termos práticos, intentada a venda de imóvel pelos herdeiros, todos concordes, ainda sob o procedimento inventarial, é necessária a devida autorização judicial.

O princípio da indivisibilidade é reforçado pelo Código Civil art. 80 “Consideram-se imóveis para os efeitos legais: ... II - o direito à sucessão aberta.”, ou seja, independente da natureza originária dos bens (móveis, imóveis, semoventes), em virtude dessa indivisibilidade de direito, o coerdeiro pode ceder ou alienar apenas o direito à sucessão aberta, não sendo possível a transferência de parte certa e determinada. Arremata Orlando Gomes quanto à herança “Constitui um núcleo unitário. Não é suscetível de divisão em partes materiais enquanto permanece como tal”¹⁴². Peculiar exceção traz Mario Roberto de Faria, ao escrever que:

Abrimos uma exceção para a possibilidade de os herdeiros fazerem uma escritura de promessa de venda de bem futuro, ou seja, aquele bem que no futuro, em face da partilha ou adjudicação, irá pertencer aos próprios herdeiros. A escritura de promessa de venda de bem futuro não é suscetível de registro no RGI, servindo, entretanto, como um instrumento preliminar de um futuro negócio.¹⁴³

Destarte, a disposição do acervo pelos herdeiros da parte que lhes cabe fica em dúvida em razão dessa indivisibilidade. Em ajuda, o instituto da cessão de direitos socorre, quando houver quinhão a ser recebido pela via sucessória, por permissão do Código Civil art. 1.793: “O direito à sucessão aberta, bem como o

¹⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 7: direito das sucessões**, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 51.

¹⁴² GOMES, Orlando. **Sucessões**, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 7.

¹⁴³ FARIA, Mario Roberto de. **Direito das Sucessões - Teoria e Prática**, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 08/2013, p. 347.

quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.”, vedada a cessão de qualquer bem considerado singularmente (§2º). Assim, cedidos os direitos a terceiro, este se sub-roga. O termo “quinhão de que disponha” impõe certo limite para essa cessão, pois se deve aferir a fração da herança líquida.

Após a partilha, o bem indivisível partilhado poderá manter o status de indivisibilidade por até cinco anos, improrrogável, se assim o testador determinou, conforme o Código Civil no art. 1.320 §2º: “Não poderá exceder de cinco anos a indivisão estabelecida pelo doador ou pelo testador.”, entretanto o próprio caput desse artigo diz “A todo tempo será lícito ao condômino exigir a divisão da coisa comum, respondendo o quinhão de cada um pela sua parte nas despesas da divisão.”, atendendo essa previsão o §3º do referido artigo estatui que “A requerimento de qualquer interessado e se graves razões o aconselharem, pode o juiz determinar a divisão da coisa comum antes do prazo.”. Portanto, é clara a relação da gestão condominial com os bens partilhados, como mostra o art. 1.321: “Aplicam-se à divisão do condomínio, no que couber, as regras de partilha de herança (arts. 2.013 a 2.022).”.

A noção do tratamento condominial permanece assim até finda a partilha por força da sucessão, a rigor do supracitado parágrafo único do art. 1791. Após a partilha, se o bem efetivamente for indivisível, incorrem aos herdeiros a copropriedade do bem imóvel por força da sua natureza, e esta propriedade deve ser tratada na forma condominial. É o chamado condomínio necessário (entre coerdeiros), e não o condomínio voluntário (entre comunheiros), mais usual.

Como ninguém é forçado a permanecer coproprietário, caso seja pretendida a alienação do bem pelos condôminos, mas um deles tiver objeção, deve ser a ele oferecida a opção de preferência de compra, respeitada a preferência disposta no art. 504 do Código Civil, aguardando a sua perempção, que sinalizará a possibilidade de venda do bem como está. Resistida a alienação, pode ser ajuizada demanda específica, onde o opositor da venda será chamado a juízo para exercer sua preferência, e se não o fizer (por qualquer alegação, inclusive incapacidade financeira) será o bem colocado em hasta pública pelo juízo da causa.

Qual a motivação de se impor um direito de preferência aos coerdeiros?

Cristiano de Farias e Nelson Rosenvald expõem seu raciocínio:

Realmente, não seria crível negar aos herdeiros a prerrogativa de adquirir a herança com preferência em relação a estranhos. Até porque em se tratando de pessoas ligadas por vínculo familiar e em momento de vida tão sensível, quanto a perda de um ente, é curial que se lhes reconheça o direito de impedir a participação de terceiros nesse condomínio estabelecido por força de lei.¹⁴⁴

Cabe por fim revisitar o princípio da saisina frente ao princípio da indivisibilidade, já que o *droite de saisine*¹⁴⁵ não é absoluto no sistema sucessório brasileiro. O instituto da saisina deve silenciar até a partilha, considerando a indivisibilidade temporária dos bens e não pode repercutir como obstáculo a promoção de políticas públicas, sendo a divisão considerada para determinar nova base de cálculo relativa a imposto sobre a propriedade, conforme julgamento do Resp 1.204.905/ES¹⁴⁶.

3.5.2 CONTEÚDO

Ao abordar o conteúdo da herança alguns autores são breves, a exemplo de Fábio Ulhoa Coelho ao escrever que “Os bens do patrimônio de pessoa falecida compõem a herança.”¹⁴⁷. Indo pouco além, Sílvio Salvo de Venosa expressa que “definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa”.¹⁴⁸

Maria Helena Diniz segue a macro abordagem “A herança é, portanto, o patrimônio do falecido, ou seja, o conjunto de bens materiais direitos que obrigações

¹⁴⁴ FARIAS, Cristiano de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**, (V. 07). Atlas, 03/2015, p. 149.

¹⁴⁵ Do francês “direito de saisina”.

¹⁴⁶ **Imóvel de herança pode ser expropriado antes da partilha. Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-14/imovel-heranca-expropriado-reforma-agraria-antes-partilha>>. Acesso em 2 set. 2016.

¹⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família/sucessões**, v. 5, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 261.

¹⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.7: direito das sucessões**, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

[...]”¹⁴⁹, mas apresenta uma série de exclusões que melhor define as fronteiras do conteúdo da herança, citando as limitações à transmissibilidade, como segue:

[...] não há a transmissão de todos os direitos e de todas as obrigações do autor da herança, visto que: a) há direitos personalíssimos que se extinguem com a morte, como o poder familiar, a tutela, a curatela e os direitos políticos; b) há direito e deveres patrimoniais que não passam aos herdeiros, por serem inerentes à pessoa do de cujus, como a obrigação de fazer infungível (Código Civil, art. 247); a empreitada ajusta em consideração à qualidade especial do empreiteiro (Código Civil, art. 626, *in fine*); o uso, o usufruto e a habitação [...] ¹⁵⁰

Também nesse sentido, Nelson Rosenvald e Cristiano Farias fazem importante ressalva quanto à proteção do direito autoral no âmbito sucessório, cuja relação de conteúdo econômico não é transmitida indefinidamente em razão de sua natureza jurídica:

O direito autoral consiste na tutela dedicada às obras intelectuais pela originalidade ou criatividade de forma, independente do meio físico em que se encontrem [...] É a proteção da criação intelectual, regulada pela lei 9.610/98. [...] É um direito híbrido, da personalidade quanto à criação do invento, moral e personalíssimo, e real quanto ao exercício da propriedade intelectual, de índole material. ¹⁵¹

Apesar do importante direcionamento do devido tratamento dos bens incorpóreos ou intangíveis, considerando-os passíveis de sucessão (art. 24 §1º), e considerados móveis por natureza (art. 3º), a Lei de Direitos Autorais em seu art. 41 mitiga a sua transmissibilidade: “Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.”¹⁵² Em contribuição, entretanto, a própria Lei de Direitos autorais no seu Título II (art. 7º) lista extenso rol de obras intelectuais protegidas, que podem vir a balizar a discussão futura sobre a Sucessão Digital, objeto da presente monografia.

Quanto à precária determinação do objeto da herança, seus atributos, qualidades e a repercussão desses sobre o próprio direito, Fábio Ulhoa Coelho

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões**, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões**, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

¹⁵¹ FARIAS, Cristiano de, Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**, v. 7. São Paulo: Atlas, 2015, p. 7.

¹⁵² BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

sugere que, como não sendo o foco aparente do Direito das Sucessões, talvez este se situe num segundo plano, assistencialista em relação ao Direito de Família, cuja ênfase se dá nos sujeitos, quando na verdade lhe seria devido uma aproximação com o direito das coisas, *in verbis*: “O direito das sucessões cuida de um dos meios de transmissão, que é a morte da pessoa física. [...] Por esse ângulo de abordagem, o direito das sucessões parece aproximar-se do direito das coisas.”¹⁵³ Entretanto, por outra perspectiva, para o falecido os bens que amealhou não lhe tem serventia, mas obviamente persistem úteis aos familiares:

Mas essa não é a única forma de abordar o direito das sucessões. E talvez não seja sequer a forma mais apropriada. Quando se presta atenção aos sujeitos para os quais são transmitidos os bens, esse ramo jurídico aproxima-se de outro capítulo do direito civil, o de família.¹⁵⁴

Dada a disposição do direito das sucessões, sua topografia no diploma cível, a já mencionada constitucionalização do tema, pode-se inferir que a preocupação com os sujeitos prevalece e repercute numa possível dificuldade aos operadores do Direito em manejar um acervo hereditário composto por bens de origem imaterial, incorpórea ou intangível, ainda que doutrinadores tenham abordado a diferenciação desses termos em linhas por vezes tênues, como escreve Caio Mário da Silva Pereira:

Não é a tangibilidade, em si, que oferece o elemento diferenciador, pois há coisas corpóreas naturalmente intangíveis, e há coisas incorpóreas que abrangem bens tangíveis, como é o caso da herança ou do fundo de comércio, considerados em seu conjunto como bens incorpóreos, apesar de se poderem integrar de coisas corpóreas.¹⁵⁵

Essa suposta inaptidão quanto à melhor forma de se aferir economicamente bens incorpóreos e imateriais constantes do acervo hereditário confronta a afirmação de Sílvio de Salvo: “O patrimônio transmissível, portanto, contém bens materiais ou imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente.”¹⁵⁶, colocando assim a adjetivação da herança pelo seu conteúdo economicamente mensurável, como um requisito à transmissibilidade. Essa relevância econômica

¹⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: família/sucessões**, v. 5, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 245.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, 24ª edição. Rio de Janeiro: Forense, p. 340.

¹⁵⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil, v.7: direito das sucessões**, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

pode trazer à tona discussão quanto ao método de avaliação de bens incorpóreos, imateriais ou incorpóreos constantes do acervo hereditário, tarefa dificultosa a depender dos sujeitos interessados. Bens incorpóreos podem vir a possuir valor altamente subjetivo, a exemplo do fundo de comércio, que adquirem avaliações diversas sob diferentes prismas. Seria não transmissível um bem sem valor econômico mensurável?

Colaborando com essa discussão, Luiz Paulo Vieira de Carvalho traz situação quanto à apuração dos quinhões máximos possíveis para liberalidade do autor da herança em respeito à legítima. Num cenário onde não é tão evidente o traço econômico nos bens, objeto da sucessão, o autor fornece extenso rol exemplificativo que abrange bens, direitos ou coisas certas, imóveis ou móveis, corpóreos ou incorpóreos, determinados ou ao menos determináveis pelo valor ou objeto: “[...] uma casa, um apartamento, quantias em dinheiro, ações, obras de artes, animais, roupas de uso pessoal, móveis, biblioteca, pinacoteca, rebanhos, quota hereditária ou um estabelecimento comercial [...] etc.”¹⁵⁷

E Luiz Paulo Vieira de Carvalho continua citando outros exemplos daquele que usufrui de benefício, não originário do domínio de coisa, mas a direitos: “[...] ou, então, se beneficia, p. ex., de alimentos, da quitação de uma dívida, da liberação de um direito real em coisa própria ou da prestação de um fato determinada pelo testador, tudo de modo lícito e possível [...]”¹⁵⁸

Sob essa ampla perspectiva, o supracitado autor entende que os bens passíveis de transmissão são todos aqueles que satisfazem uma necessidade da pessoa humana, e por óbvio, passam a ser bem jurídico quando estes passam a ser disciplinados pelo direito. A valoração econômica torna-se subjetiva devido aos atributos de “valoração” e “qualificação” inerentes a um juízo particular exercido por cada titular da herança, que em muito dista de um terceiro que não participa da relação familiar. Traz-se assim a concepção de Francisco Amaral:

¹⁵⁷ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

¹⁵⁸ Ibidem.

[...] coisa é tudo aquilo que tem existência material e que é suscetível de medida de valor [...] a utilidade e a possibilidade de apropriação dão valor às coisas, transformando-as em bens. O conceito de bem pressupõe assim, uma valoração e uma qualificação. Bem é tudo aquilo que tem valor, e que, por isso, entra no mundo jurídico como objeto de direitos.¹⁵⁹

Ora, essa “valoração” e “qualificação” de ordem subjetiva acabam por incluir ao acervo hereditário uma série de bens de cunho econômico antes completamente ignorado, mas cada vez mais presente na sociedade. Hoje, o complexo de relações jurídicas transmissíveis pela sucessão vai além do usualmente disposto no campo do Direito, seja quer real ou pessoal. O bem afetivo se faz presente e, ao convergir com a já citada personalização do direito sucessório, deve ser preservado não somente enquanto mera propriedade material, mas por seu papel na vida do indivíduo e seus sucessores.

Tal hermenêutica partiu de decisão¹⁶⁰ proferida no Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar apelação concernente à devolução de um animal de estimação silvestre junto ao seio familiar. Ainda que o julgado não esteja relacionado diretamente à questão sucessória, traz relevância à manutenção dos vínculos de afetividade com objetos, afastada a relação biocêntrica do animal como possível sujeito de direitos e a imposição da norma legal ambiental. Disso, depreende-se que as relações afetivas tem valor próprio, estas são o bem afetivo de fato, e não os bens em si considerados.

3.5.2.1 BENS AFETIVOS

Dessa novel visão, de reconhecimento dos bens afetivos e de suas relações jurídicas resultantes, por óbvio existe parcela de juristas discordantes, em especial quanto à sua valoração econômica. Para estes doutrinadores, os bens afetivos, apesar de deterem valor sentimental, não possuem equivalente financeiro e seriam impossibilitados de valoração econômica. Destarte, não podem ser recebidos por herdeiros por não fazerem parte do patrimônio. Em entrevista veiculada na Empresa

¹⁵⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 247.

¹⁶⁰ Revista Consultor Jurídico. **DÉCADAS DE COMPANHIA**: Vínculo afetivo permite que papagaio seja devolvido ao dono. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mai-15/vinculo-afetivo-permite-papagaio-seja-devolvido-dono>>. Acesso em: 10 out. 2016..

Brasil de Comunicação, Frederico Viegas declarou que “O simples fato de serem bens de conteúdo afetivo não gera direito sucessório”¹⁶¹.

De acordo com este entendimento, bens como fotos e vídeos familiares, escritos pessoais e arquivos digitais derivados representantes destes não teriam qualquer suporte legal na atual codificação civil brasileira. Por outro lado, outros tipos de mídias digitais passíveis de enquadramento na Lei de Direitos Autorais poderiam receber a tutela estatal, tais como músicas, livros, sítios de internet, fotos e vídeos profissionais etc.

Como nova tese a confrontar esse raciocínio, não se poderia configurar o dano moral surgido em desrespeito ao bem afetivo abandonado à própria sorte, inacessível ou sumariamente eliminado pelo decurso do tempo? Não deveria ser respeitada a relação mantida entre o falecido e os bens afetivos assim considerados, e ainda à sua família, onde tais bens teriam relevância sentimental muito semelhante? Considerada a possibilidade do dano moral nesse caso, poder-se-ia dali apurar o requisito do elemento econômico, indenizatório, e disso considerar o bem afetivo como parte do patrimônio transmissível.

Quanto ao dano moral, não se discute mais se o mesmo é indenizável, ou se pode ser cumulado com o dano material, mas o que vem a ser sua própria definição. Parte de Sérgio Cavalieri Filho a definição do que vem a ser o dano moral:

Nesse particular, há conceitos para todos os gostos. Há os que partem de um conceito negativo, por exclusão, que, na realidade, nada diz. Dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial, ou seja, todo dano não material. Segundo Savatier, dano moral é qualquer sofrimento que não é causado por uma perda pecuniária. Para os que preferem um conceito positivo, dano moral é dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação – enfim, dor da alma.¹⁶²

O supracitado autor despe a visão patrimonialista, excessivamente preocupada com a expressão econômica, em direção a uma personalização do ordenamento jurídico, congruente com a constitucionalização do direito sucessório. Não haveria de ser de outra maneira, afinal, a própria codificação civil ao tratar da

¹⁶¹ EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. **O que fazer com arquivos digitais de uma pessoa que já morreu**. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/galeria/videos/2012/10/o-que-fazer-com-arquivos-digitais-de-uma-pessoa-que-ja-morreu>>. Acesso em 2 set. 2016.

¹⁶² CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p. 116.

posse e propriedade – cuja origem patrimonial é inequívoca - acaba por exaltar a afeição como algo a ser tutelado em caso de usurpação ou esbulho do alheio, concedendo-lhe valor econômico, como reza o art. 952, parágrafo único do Código Civil: “Para se restituir o equivalente, quando não exista a própria coisa, estimar-se-á ela pelo seu preço ordinário e pelo de afeição, contanto que este não se avanteje àquele.”¹⁶³

Sérgio Cavalieri Filho reconhece os direitos da personalidade, direitos inatos e supra estatais, não outorgados, dentre os quais se identificam o direito à imagem, à intimidade, à privacidade, ao nome e à honra, entre outros. Tais direitos ultrapassam o rol disposto entre os artigos 11 a 21 do Código Civil e o art. 5º da Constituição Federal e estão englobados no direito à dignidade humana (Constituição Federal art. 1º III), relacionados ao titular e que representam para este e de certa medida para seus próximos, um valor maior.

Pode-se antever um conflito dentre esses direitos, como por exemplo, entre o direito da privacidade do *de cuius* e do direito à sua imagem, frente a uma notícia difamatória *post mortem* e que poderia ser devidamente esclarecida pelo acesso a escritos pessoais por seus sucessores. De qualquer forma, não deveria ser o critério econômico impeditivo para a transmissão desses bens afetivos, mas talvez definir melhor a extensão dessa transmissão a fim de sopesar os riscos e benefícios da acentuação de um direito da personalidade sobre outro, sem depender de evento danoso concreto.

Mas poderiam os sucessores tomar parte da demanda? Ora, já é reconhecida em casos mais graves de dano material a possibilidade de indenização por dano moral (conforme exemplo do REsp 876.448/RJ¹⁶⁴) por ricochete - dano sofrido por sujeito em razão de um dano efetivo a outrem - ou *préjudice d'affection*¹⁶⁵, que são modalidades extrapatrimoniais. Nesses casos, aqueles ocupantes ou não da

¹⁶³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

¹⁶⁴ BRAGA, Daniel Longo. **O Dano Moral pela Via Reflexa e a Questão da Legitimidade Ativa. Âmbito Jurídico.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10093&revista_caderno=7>. Acesso em 3 set. 2016.

¹⁶⁵ Instituto francês, onde a lesão aos sentimentos sofridos indiretamente por parentes foi reconhecida por um acórdão da Câmara Civil de Cassação. Desde então, o vínculo de afeição é estendido para qualquer um que pode provar laços fortes para a principal vítima, mesmo fora de um quadro jurídico (como coabitantes ou noivos).

vocação hereditária¹⁶⁶, ligados ao falecido por laços afetivos, próximos e comprovadamente atingidos pela repercussão do evento danoso (em hipótese advinda da eliminação ou inacessibilidade de informações pessoais do *de cuius* mantidas na *Internet*) são também alvo de lesão aos seus próprios direitos da personalidade, caracterizado o dano moral, independentemente de repercussão patrimonial direta. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Trata-se, em outras palavras, do prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro, como é o caso dos direitos da personalidade, a saber, o direito à vida, à integridade física (direito ao corpo, vivo ou morto, e à voz), à integridade psíquica (liberdade, pensamento, criações intelectuais, privacidade e segredo) e à integridade moral (honra, imagem e identidade) [...] ¹⁶⁷

Ou seja, sob a perspectiva dos supracitados autores, ocorrida uma lesão aos direitos da personalidade, a valoração econômica decorrente não é imediata, mas a possibilidade de prova do dano moral obviamente acolhe potencial monetário. Se tais bens digitais são sujeitos a riscos e motivam ação reparatória aos sucessores, especialmente no tocante à integridade moral, não se poderia afastar a possibilidade dos mesmos bens serem objeto de sucessão.

¹⁶⁶ Cf. art. 1.829 do Código Civil que estabelece a ordem de deferimento da sucessão legítima.

¹⁶⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, v. 3, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 96.

4 A SUCESSÃO DIGITAL

No presente capítulo, núcleo da pesquisa, é realizada a fusão dos temas do Direito Digital e do Direito das Sucessões. A tentativa aqui realizada é contextualizar o tema da sucessão digital com casos práticos, como estes reverberam no meio jurídico-normativo e as iniciativas de tratamento pelos diversos atores envolvidos, incluída aí a comunidade internacional.

4.1 INTRODUÇÃO

A tentativa de conceituar a sucessão digital e seu tratamento no campo jurídico cabe em especial como eco aos impactos decorrentes das redes sociais¹⁶⁸, estas fruto da Web 2.0¹⁶⁹.

Em plena era digital, com o surgimento contínuo de novas tecnologias, a cada momento o patrimônio digital das pessoas cresce e se questiona o que deve ser feito para designá-lo aos sucessores. Por mais que as pessoas participem das redes sociais e documentem tudo o que fazem com publicações, fotografias, vídeos etc., elas algum dia virão a falecer e deixarão todo o conteúdo. Não é de se estranhar haver um desejo familiar comum para que os rastros permanentes da existência de cada indivíduo deixados na rede mundial de computadores, como perfis em redes sociais ou ainda arquivos de conteúdo diverso como músicas, jogos, vídeos e livros, continuem ativos e acessíveis após o falecimento.

¹⁶⁸ Estrutura social composta por pessoas ou organizações, conectadas por um ou vários tipos de relações, que compartilham valores e objetivos comuns. Uma das fundamentais características na definição das redes é a sua abertura, possibilitando relacionamentos horizontais e não hierárquicos entre os participantes.

¹⁶⁹ Termo popularizado a partir de 2004 pela empresa americana O'Reilly Media para designar uma segunda geração de comunidades e serviços, tendo como conceito a "Web como plataforma", envolvendo a edição colaborativa de documentos (*wikis*), aplicativos que fazem uso de marcadores propostos pelos próprios usuários para indexação de conteúdo (*tags* ou *folksonomia*), redes sociais, e diários da rede (*blogs*). Embora o termo tenha uma conotação de uma nova versão para a Web, ele não se refere à atualização nas suas especificações técnicas, mas a uma mudança na forma como ela é encarada por usuários e desenvolvedores, ou seja, o ambiente de interação e participação que hoje engloba inúmeras linguagens e motivações. Alguns especialistas em tecnologia, como Tim Berners-Lee, o inventor da World Wide Web (WWW), alegam que o termo carece de sentido, pois a Web 2.0 utiliza muitos componentes tecnológicos criados antes mesmo do surgimento da Web. Alguns críticos do termo afirmam também que este é apenas uma jogada de marketing (*buzzword*).

Como proceder então para transmitir legalmente todo esse “acervo digital” daquele que cessou a personalidade civil aos herdeiros? E se este conjunto de dados transcende o dispositivo móvel ou o computador pessoal que era de uso rotineiro do falecido? Seja no caso da rede de amigos e familiares cadastrada numa conta de *Facebook*, ou se a rede de relacionamentos profissional está cadastrada numa conta do *LinkedIn*, ou se todas as suas fotos estão no *Instagram*, ou ainda se todos os seus arquivos digitais com conteúdo relevante ou não (livros, documentos, etc.) estão armazenados em algum serviço na nuvem¹⁷⁰, como o *DropBox* ?

Por óbvio, seria razoável deixar em testamento as credenciais de acesso aos diferentes serviços utilizados e as recomendações específicas sobre o melhor tratamento das informações contidas nesses serviços, orientando a família sobre o que fazer em relação a esse momento póstumo. Mas numa visão estritamente legalista, essa alternativa seria sustentável? Se alguém se faz passar pelo *de cuius* para ter acesso aos seus bens e identidade digitais não se enquadraria no tipo de falsa identidade previsto no art. 307¹⁷¹ do Código Penal? Ou quiçá no art. 154-A (invasão de dispositivo informático)¹⁷²?

Outra perspectiva que afasta essa prática mais comum ocorre quando os arquivos não são de autoria própria ou de livre domínio, sendo o caso típico de aquisições de mídias digitais que possuem caráter de mero uso. Cláusulas contratuais são comumente impostas para compras dessa natureza e remetem à não-transmissibilidade de mídias protegidas por direitos autorais. Nessa linha, segundo entendimento de Patrícia Peck Pinheiro:

¹⁷⁰ Segundo o Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia dos Estado Unidos da América (NIST), in verbis “A computação em nuvem é um modelo para habilitar o acesso por rede universal, conveniente e sob demanda a um conjunto compartilhado de recursos de computação (como redes, servidores, armazenamento, aplicações e serviços) que possam ser rapidamente provisionados e liberados com o mínimo de esforço de gerenciamento ou interação com o provedor de serviços.” in MELL, Peter; GRANCE, Timothy. **The NIST Definition of Cloud Computing**. 2011. Disponível em: <<http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2017.

¹⁷¹ “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”

¹⁷² “Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: [...]”

Isso se deve ao fato de que quase tudo que adquirimos na web, conforme as regras contratuais dos termos online, é uma licença de uso, logo não geraria direito de transmissão para outra pessoa, inclusive herdeiros. Ou seja, ela se extingue com o usuário.¹⁷³

Relevados esses pontos, se não foi deixada pelo *de cuius* nenhuma orientação, a lei brasileira ainda é aparentemente omissa neste tema de direito de transferência de bens que só existam no meio digital. Dúvidas obviamente surgem sobre o que faz parte desse legado virtual e como deve este ser inventariado.

Resta como prática comum o estabelecimento de termos contratuais quando da contratação de serviços oferecidos na rede mundial de computadores que acabam por regular de alguma forma o exercício do direito sucessório. Reside aqui importante ressalva - nem todos os serviços passíveis de contratação oferecem termos claros - quando oferecem - e que viabilizam o exercício pleno dos direitos de sucessão, sendo mera faculdade a oferta de mecanismos que lidem com o falecimento dos respectivos contratantes.

Cabe atenção não confundir a sucessão digital abordada nesta monografia com o “banco virtual de **testamento vital**”¹⁷⁴, regulado pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução 1995/2012) e questionado em Ação Civil Pública, tendo sido admitido em nosso ordenamento. Neste banco de dados, o indivíduo tem sua vontade registrada no sistema Rentev¹⁷⁵ quanto aos cuidados, tratamentos e procedimentos que deseja ou não ser submetido em caso de doença terminal. Tem-se aí um testamento conceituado como “declaração escrita da vontade de um paciente quanto aos tratamentos aos quais ele não deseja ser submetido caso esteja impossibilitado de se manifestar.”¹⁷⁶. Trata-se de, portanto, utilização do recurso tecnológico como instrumento de comunicação da última vontade no âmbito médico-hospitalar. Também se distingue o objeto do presente estudo com os casos

¹⁷³ PINHEIRO, Patrícia Peck. Herança Digital? 2014. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/patricia-peck-pinheiro/heranca-digital_b_5020237.html>. Acesso em: 4 maio 2016.

¹⁷⁴ IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. **Especialista cria primeiro banco virtual de Testamento Vital do Brasil**: Por meio da plataforma on-line qualquer pessoa pode cadastrar e armazenar seu Testamento Vital. 2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5473/Especialista+cria+primeiro+banco+virtual+de++Testamento+Vital+do+Brasil>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

¹⁷⁵ Registro Nacional de Testamento Vital (www.rentev.com.br).

¹⁷⁶ SANTOS, Thiago do Amaral. **Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219>. Acesso em: 11 nov. 2016 apud LIPPMANN, Ernesto. **Testamento vital**: direito a dignidade. São Paulo: Matriz: 2013, p. 17.

de busca pelos serviços cartoriais¹⁷⁷ para a aprovação e lacre de testamento cerrado, contendo as credenciais de acesso de serviços *online* do indivíduo preocupado com seu “legado virtual”, pois nada impediria a inclusão dessas informações no testamento.

Aqui, a problemática da aparente falta de regulação e da difusão de informações afetas à preservação do legado hospedado em ambiente virtual já repercute na busca por tutela jurisdicional, da atuação concreta dos tribunais, por famílias que ensejam acesso às contas do *de cujus*, sendo alguns casos relatados no subcapítulo apropriado. Esses fatos corroboram o entendimento do autor que o meio jurídico carece de maior discussão quanto ao tema, minimizando possíveis litígios que acabam sendo tratados de forma não uniforme, pela própria falta de precedentes que auxiliem os tribunais a resolver satisfatoriamente casos semelhantes.

4.1.1 BENS DIGITAIS

O objeto da sucessão, *lato sensu*, é a herança, o patrimônio do falecido, conjunto de bens e direitos que se transmite aos herdeiros legítimos exceto se personalíssimos¹⁷⁸. Quanto aos bens digitais, ou legado virtual, a primeira tentativa de definição remete à inclusão da propriedade intelectual - criações quaisquer originadas da inteligência humana - que acabam por consideradas como bens incorpóreos. Segundo Marcelo Carlos Zampieri:

A discussão gira em torno do direito dos herdeiros de exigirem tais bens, que devem, pelo olhar do legislador, ter a mesma importância que bens físicos deixados por meio de herança e serem repassados aos destinatários de igual forma.¹⁷⁹

Como exemplos de bem digital, pode-se mencionar arquivos eletrônicos em modo geral, o que engloba mensagens (*e-mails*) armazenados em variados serviços

¹⁷⁷ IGNACIO, Laura. **'Herança digital' já chegou ao Brasil**. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/1151148/heranca-digital-ja-chegou-ao-brasil>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

¹⁷⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6 – direito das sucessões**, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p.77.

¹⁷⁹ ZAMPIERI, Marcelo Carlos; ANTUNES, Nathália Zampieri. **A Herança Digital e sua necessidade de implementação no processo de modernização do ordenamento jurídico brasileiro**. Anais da Semana Acadêmica Fadisma Entementes, Santa Maria, p.1-10, dez. 2015.

como *Gmail*¹⁸⁰ ou *Hotmail*¹⁸¹, fotos e documentos armazenados em serviços baseados em nuvem como *Google Drive*¹⁸², *Dropbox*¹⁸³ ou *OneDrive*¹⁸⁴, códigos-fonte de programas armazenados em serviços como *GitHub*¹⁸⁵, livros adquiridos na *Amazon*¹⁸⁶, músicas adquiridas na loja do *iTunes*¹⁸⁷, aplicativos comprados na *Google Play*¹⁸⁸ etc., assim como todo o conteúdo associado às contas pessoais em redes sociais como o *Facebook*¹⁸⁹ e *Instagram*¹⁹⁰, redes profissionais como o *LinkedIn*¹⁹¹ etc. Ainda, não se pode descaracterizar esses mesmos bens digitais quando armazenados fora da rede mundial de computadores, em dispositivos pessoais ou corporativos como computadores-servidores, estações de trabalho, *notebooks*¹⁹², *tablets*¹⁹³, telefones celulares etc. Pawel Szulewski estabelece a seguinte classificação¹⁹⁴, que em sua perspectiva merece importância, pois alega que para cada classe o tratamento jurídico poderá ser diverso: i) perfis de redes sociais; ii) serviços de caixas de correio eletrônico; iii) bens digitais (livros, músicas); iv) contas de acesso e conteúdo gerado em jogos e mundos virtuais; v) créditos e pontuação obtida em programas de fidelidade; vi) meios de pagamento e moedas virtuais; vii) contas utilizadas para atividades comerciais e compras; viii) *blogs*¹⁹⁵ e

¹⁸⁰ Serviço gratuito de correio eletrônico criado pela Google Inc. em 2004.

¹⁸¹ Serviço de correio eletrônico gratuito da Microsoft Corporation, baseado em acesso pela rede mundial de computadores.

¹⁸² Serviço de armazenamento e sincronização de arquivos, apresentado pela Google Inc. em 2012.

¹⁸³ Serviço para armazenamento e partilha de arquivos baseado no conceito de "computação em nuvem", pertencente à Dropbox Inc.

¹⁸⁴ Serviço de armazenamento em nuvem da Microsoft Corporation.

¹⁸⁵ Serviço de hospedagem compartilhada para projetos que usam controle de versionamento para códigos-fonte de programas.

¹⁸⁶ Plataforma de comércio eletrônico de obras literárias em formato digital.

¹⁸⁷ Plataforma de comércio eletrônico de músicas, vídeos, programas televisivos, livros de áudio e filmes disponível para telefones celulares e outros dispositivos Apple.

¹⁸⁸ Plataforma de distribuição de mídia digital, oferecendo aplicativos, músicas, revistas, files e programas televisivos para compra.

¹⁸⁹ Rede social lançada em 2004, operado e de propriedade privada da Facebook Inc.

¹⁹⁰ Rede social online de compartilhamento de fotos e vídeos entre seus usuários, que permite aplicar filtros digitais e compartilhá-los em uma variedade de serviços de redes sociais.

¹⁹¹ Rede social de negócios lançada em 5 de maio de 2003, comparável a redes de relacionamentos, e é principalmente utilizada por profissionais com o intuito de apresentar suas aptidões, de uma forma que outros profissionais da mesma empresa possam endossar, dando credibilidade ao conteúdo.

¹⁹² Computador portátil.

¹⁹³ Computador portátil com tela sensível ao toque.

¹⁹⁴ SZULEWSKI, Paweł. **Digital legacy - is it possible to transfer digital assets in case of death?** 2015. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/digital-legacy-it-possible-transfer-digital-assets-case-death>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹⁹⁵ Contração do termo inglês *web log*, ou "diário da rede", é um sítio hospedado na *Internet* cuja estrutura permite a atualização rápida a partir de acréscimos dos chamados artigos. Estes são, em geral, organizados de forma cronológica inversa, tendo como foco a temática proposta do blog, podendo ser escritos por um número variável de pessoas, de acordo com sua política.

microblogs; ix) direitos de uso de endereços de domínio e outras obrigações contratuais; x) dados armazenados na nuvem.

Destes exemplos, a música hoje tem no meio digital sua principal plataforma de comercialização, assim como os aplicativos para computadores e dispositivos móveis, enquanto os livros eletrônicos tem aumentado sua participação de forma crescente em relação ao mercado físico¹⁹⁶. O crescente consumo desses bens digitais redundou no seu reconhecimento fático perante a opinião pública como estes sendo de propriedade dos seus adquirentes. É tema polêmico, face à imposição de termos de uso no momento da compra que explicitam a não transmissibilidade desses bens em muitos casos, um pouco mais pacífica a questão quando se trata de bens digitais de criação pessoal ou de domínio público¹⁹⁷, restando a questão da privacidade e do direito autoral então ganhar foco.

A não transmissibilidade pode não somente trazer preocupações de ordem afetiva e de possível dano moral aos familiares, mas também quanto a valoração econômica em si, em especial quanto às criações tuteladas sob a propriedade intelectual ou de obras adquiridas que guardam valor econômico intrínseco. Um exemplo é a venda de bens digitais utilizados em jogos eletrônicos *online*, cujo valor aparente para não aficionados seria irrelevante. Entretanto, em 2010, conforme registros do Guinness World Records Book¹⁹⁸, uma empresa sueca detentora da plataforma de entretenimento registrou uma transação, paga com dinheiro real, no valor de 330 mil dólares.

Ainda no contexto dos jogos eletrônicos, a distribuidora *Steam*, em seu documento de “Acordo de Subscrição”¹⁹⁹ impõe tantas restrições aos usuários que sequer se poderia chamar de “bem digital” o acervo de jogos adquiridos e mantidos

¹⁹⁶ JORNAL DO BRASIL. **Livros eletrônicos serão a próxima revolução da internet?** Rio de Janeiro, 21 maio 2011. Disponível em: < <http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2011/05/21/livros-eletronicos-serao-a-proxima-revolucao-da-internet/> >. Acesso em: 12 nov. 2016.

¹⁹⁷ No Direito da Propriedade Intelectual, é o conjunto de obras culturais, de tecnologia ou de informação (livros, artigos, obras musicais, invenções e outros) de livre uso comercial, porque não submetidas a direitos patrimoniais exclusivos de alguma pessoa física ou jurídica, mas que podem ser objeto de direitos morais.

¹⁹⁸ WORLD RECORD ACADEMY. **Most expensive virtual item - Crystal Palace Space Station sets world record.** 2010. Disponível em: <http://www.worldrecordacademy.com/internet/most_expensive_virtual_item_Crystal_Palace_Space_Station_sets_world_record_101478.htm>. Acesso em: 1 jan. 2017.

¹⁹⁹ Disponível em http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/brazilian/.

pelo usuário em sua plataforma, pois em suma: i) As contas de usuário não são transferíveis; ii) os jogos são licenciados, não são vendidos, e não há transferência da titularidade do *software* na transação, mas sim uma licença de uso, rescindível pela contratada e não exclusiva que permite o uso do software somente para uso pessoal; iii) O cancelamento da conta, mesmo que unilateral por parte da contratada não resultará em qualquer reembolso.

Outro curioso exemplo é o reportado pela inglesa Kelly Harmer^{200 201}, que após sofrer um acidente de carro resolveu fazer um testamento no qual incluiu bens que só existem *on-line*. O mais impressionante é o valor estimado de seu patrimônio digital chegava a cerca mais de 10 mil libras esterlinas. Obviamente, a partir desses exemplos questiona-se qual o destino de tal bem digital se o seu detentor vier a falecer. Segundo Robert Siciliano, uma pesquisa realizada pela empresa McAfee chegou às seguintes informações: i) memórias pessoais em fotos e vídeos são o que os consumidores mais valorizam, e mulheres valorizam isso mais do que homens; ii) consumidores em Singapura, Brasil e Alemanha dão muita importância aos seus registros pessoais - como informações sobre saúde, registros financeiros e testamentos - que consumidores em outros países; iii) usuários na faixa dos 18 a 24 anos, que já nasceram sob a era digital dão mais valor a seus arquivos de entretenimento digital – músicas, programas de televisão, livros digitais, videogames, aplicações – que grupos de outras faixas etárias, sendo na Índia onde isso é mais prezado; iv) mesmo assim, 72% dos consumidores estão preocupados com roubo de identidade, financeiro ou fraudes quando estão conectados; v) dos bens digitais, 55% estão armazenados somente em dispositivos de uso pessoal em maneira tal que é inviável sua recriação, nova descarga a partir de outra fonte ou recompra.²⁰²

Indo além na seara da valoração econômica, é comum que os bens digitais sejam entendidos como bens incorpóreos e disso discutir se tais bens podem ser transmitidos. Bens, de maneira geral podem ser definidos como todo e qualquer

²⁰⁰ WAKEFIELD, Jane. **I bequeath my iTunes credits to...** 2011. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/mobile/technology-15292748>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

²⁰¹ THORNHILL, Ted. **And to you I bequeath ... my internet password: Growing numbers are passing on access to Britain's £2.3bn 'digital inheritance'**. 2011. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2048585/Internet-passwords-left-wills-Britons-pass-2-3bn-digital-inheritance.html>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

²⁰² SICILIANO, Robert. **How Do Your Digital Assets Compare?** 2013. Disponível em: <<https://securingtomorrow.mcafee.com/consumer/family-safety/digital-assets/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

aspecto positivo que integre o patrimônio de uma pessoa. Arnaldo Rizzardo caminha por dois doutrinadores clássicos do direito civil e resume:

Juridicamente, o bem constitui a coisa material ou imaterial, não necessariamente com valor econômico, e que vem a ser o objeto da relação jurídica que se trava entre os seres humanos, observando Washington de Barros Monteiro: “Bens são valores materiais ou imateriais, que podem ser objeto de uma relação de direito. O vocábulo, que é amplo no seu significado, abrange coisas corpóreas e incorpóreas, coisas materiais ou imponderáveis, fatos e abstenções humanas”. Ou seja, o termo bem no sentido jurídico designa coisas e ações humanas, ou os entes com natureza corpórea e as prestações ou comportamentos. Clóvis sintetizava o conteúdo desta maneira: “Para o direito, bens são os valores materiais ou imateriais, que servem de objeto a uma relação jurídica”.²⁰³

O código civil, entretanto, mesmo em sua redação reformada há um quindênio, não esgotou as possibilidades de bens que são observados nas relações jurídicas, deixando os bens incorpóreos em certo limbo jurídico, não sendo considerados imóveis (artigo 79 a 81), tampouco móveis (artigo 82 a 84) por qualquer um de seus respectivos incisos. Independentemente disso, a legislação esparsa, como a Lei 9.610/1998²⁰⁴ que trata dos direitos autorais e os julgamentos dos tribunais^{205 206 207}, corroboram com sua existência e validade jurídica.

²⁰³ RIZZARDO, Arnaldo. **Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil**, 8ª edição. Forense, 11/2015.

²⁰⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm.

²⁰⁵ Onde já se aceitou sem maiores discussões inclusive a penhora de um bem incorpóreo, in verbis “PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TERMO DE PENHORA. ASSINATURA. REQUISITO INDISPENSÁVEL. PENHORA DE BENS INCORPÓREOS. IRRELEVÂNCIA. ART. 665, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I - Nos termos do art. 665-IV, CPC, é requisito indispensável do auto de penhora a nomeação do depositário do bem, assim como a assinatura no termo, independentemente da natureza do bem penhorado. II - A regular penhora antecede à intimação para apresentação dos embargos. III - Segundo antigo brocardo latino, ubi lex non distinguit nec interpres distinguere debet” (STJ - REsp: 420303 SP 2002/0031425-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 06/06/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.08.2002 p. 223).

²⁰⁶ Caso em que se concedeu a arquivos eletrônicos o mesmo tratamento de documentos físicos e se manteve medida cautelar de busca e apreensão de arquivos digitais, in verbis “AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DISPONIBILIDADE DOS ARQUIVOS DIGITAIS DE DADOS CADASTRAIS. INFORMAÇÕES DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SCPC/SEPROC). TUTELA ANTECIPADA PARA O FORNECIMENTO DOS DADOS EM MÍDIA DIGITAL NO PRAZO DE 48:00 HORAS. ESTIPULAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº. 372 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Nos termos da Sumula 372 do Superior Tribunal de Justiça, na ação de exibição de documentos, não cabe à aplicação de multa cominatória. 2 - Conforme entendimentos que ensejaram a Sumula 372, a busca e apreensão é a medida cabível para efetivar a exibição dos documentos, caso não seja atendida a ordem judicial. 3 - As multas previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil são destinadas às ações cominatórias de obrigação de fazer e não fazer, não se alcançando, pois, a cautelar de exibição de documentos.” (TJ-PR - AI: 8858911 PR 885891-1 (Acórdão), Relator: Victor Martim Batschke, Data de Julgamento: 03/07/2012, 6ª Câmara Cível).

²⁰⁷ Caso em que se impôs ao réu o dever de indenizar por danos morais os autores da ação pela perda de fotografias armazenadas em arquivos digitais, in verbis “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FOTOS ARQUIVADAS EM CARTÃO DE MEMÓRIA DE CÂMERA FOTOGRÁFICA DIGITAL. GRAVAÇÃO EM CD (COMPACT DISC). ALEGAÇÃO DE QUE O ARQUIVO DE FOTOS FOI

Washington de Barros Monteiro sintetiza que “[...] embora de existência abstrata ou ideal, são reconhecidos pela ordem jurídica, tendo para o homem valor econômico.”²⁰⁸.

Fabio Ulhoa Coelho traz uma perspectiva divergente sobre a representação eletrônica de direitos sobre bens, classificando-os corpóreos, trazendo em sua argumentação uma análise quanto à função típica dos títulos de crédito, que mantém sua tangibilidade, dado que o título originário foi desmaterializado, ou sequer existiu desde a origem. Esclarece que o título de crédito escritural ou eletrônico não muda de categoria em razão de ser criado ou ter sido transferido para um registro magnético, pois este não altera sua natureza. Continuará o título de crédito representado como coisa corpórea, ainda que imaterial, pois não mais existe a cártula. Analogamente, sugere a classificação de alguns bens que podem ser objeto da sucessão digital, integrando a herança, ao escrever que:

Em síntese, os equipamentos, sistemas, programas e documentos informáticos são coisas corpóreas, com representação ou forma material (o computador, a mídia digital, o papel impresso) ou imaterial (o software, a rede wi-fi, o arquivo eletrônico).²⁰⁹

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a partir dessa perspectiva, não estariam corretas as opiniões doutrinárias que consideram, por exemplo, um programa de computador coisa incorpórea, justificadas em centenária doutrina clássica, mas que era válida em outros tempos, muito antes da era da informática.

Por outro lado, a primeira concepção, de submissão aos bens incorpóreos, é facilmente associada aos *softwares* ou documentos eletrônicos, onde nas palavras de Adelmo da Silva Emerenciano:

INDEVIDAMENTE APAGADO DO CARTÃO DE MEMÓRIA DURANTE A REALIZAÇÃO DE TAL SERVIÇO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Legitimidade do proprietário das fotos para figurar no pólo ativo da demanda indenizatória. Prova testemunhal produzida nos autos que corrobora a alegação da ré de que o cartão de memória foi devolvido, ao autor, intacto com todos os arquivos. Ausência de prova de ter a ré praticado ato ilícito, que ensejasse a obrigação de indenizar. Recurso provido.”

(TJ-SP - APL: 9181082302008826 SP 9181082-30.2008.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 15/05/2012, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/05/2012).

²⁰⁸ MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**, vol. 1. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192.

²⁰⁹ COELHO, Fabio Ulhoa. **Tratado de direito comercial Volume 8: Título de crédito, direito bancário, agronegócio e processo empresarial**, 1ª edição.. Saraiva, 5/2015. p. 32-34.

Os bens digitais, conceituamos, constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobrenível, armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas.²¹⁰

E conclui: “Os bens digitais, então, são uma espécie de software de computador que, como qualquer outro, é transmitido de uma máquina para outra na forma de fluxos de elétrons, denominados bits. “²¹¹

Desfecha a preponderância dessa mesma opinião o julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal, que embora versando sobre a incidência de ICMS nos *softwares*, emitiu relevante precedente:

I. Recurso extraordinário : prequestionamento mediante embargos de declaração (Súm. 356). A teor da Súmula 356, o que se reputa não prequestionado é o ponto indevidamente omitido pelo acórdão primitivo sobre o qual "não foram opostos embargos declaratórios". Mas se, opostos, o Tribunal a quo se recusa a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte (RE 210.638, Pertence, DJ 19.6.98). II. RE: questão constitucional: âmbito de incidência possível dos impostos previstos na Constituição: ICMS e mercadoria. Sendo a mercadoria o objeto material da norma de competência dos Estados para tributar-lhe a circulação, a controvérsia sobre se determinado bem constitui mercadoria é questão constitucional em que se pode fundar o recurso extraordinário. **III. Programa de computador ("software"): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" "matéria exclusiva da lide", efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado "software de prateleira" (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio.**

(STF - RE: 176626 SP, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 10/11/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 11-12-1998 PP-00010 EMENT VOL-01935-02 PP-00305 RTJ VOL-00168-01 PP-00305) **(grifo do autor)**

De qualquer maneira, independentemente da sua natureza e a definição doutrinária e jurisprudencial, o objeto da sucessão digital obviamente se expande, indo além dos bens incorpóreos protegidos pela propriedade intelectual e das acepções concedidas nos livros e tribunais, o que pode justificar um conjunto de

²¹⁰ EMERENCIANO, Adelmo da Silva. **Tributação no Comércio Eletrônico**. IN: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.), Coleção de Estudos Tributários. São Paulo: IOB, 2003. p.83.

²¹¹ Ibidem. p. 31.

normas específicas para acolher como legado virtual outros bens que hoje não encontrariam guarida. Destacam-se aqui alguns bens de concepção e utilização muito recente, que remetem à natureza dos títulos de crédito citada por Fabio Ulhoa Coelho, como as moedas digitais (*bitcoin*)²¹².

Reiterando, não se pode entender como objeto da sucessão digital tão somente aqueles que possuam alguma valoração econômica, mas também os bens que registram sentimentos e pelos quais se possui afeição, seja pelo titular ou pelos seus sucessores.

4.2 CASOS REAIS

Por mais mórbido que possa parecer, uma forma de mensurarmos a relevância do presente tema é calcular as taxas de mortalidade dos usuários das redes sociais. Nessa esteira, Nathan Lustig, um dos fundadores da empresa Entrustet²¹³ que oferece serviços de planejamento de herança digital, estimou que no ano de 2012, aproximadamente 2,89 milhões de usuários do *Facebook* viriam a óbito²¹⁴. Seu cálculo se baseou na mortalidade das faixas etárias nos Estados Unidos da América, aplicadas sobre números de usuários da rede social. Esses números foram chamativos a ponto de render notícias com a chamada “Três usuários de Facebook morrem a cada minuto”²¹⁵, e posicionando o conceito de “morte digital” na mídia, aumentando a percepção que usuários de mídias sociais não são para sempre jovens, tampouco imortais. A dura realidade é que todos os casos reais citados nesse capítulo envolvem pessoas jovens, que muito provavelmente não tiveram a iniciativa sequer de deixar um testamento cerrado com suas credenciais. Ainda, inevitavelmente as taxas de mortalidade irão aumentar, dado que a base de usuários naturalmente envelhece e que o grupo de maiores de

²¹² Bitcoin (símbolo: ₿; abrev.: BTC ou XBT) é uma criptomoeda descentralizada e também um sistema ou rede de pagamento parceiro-a-parceiro baseado em protocolo de código aberto.

²¹³ Empresa adquirida em 2012 pela SecureSafe (<https://www.securesafe.com/en/>) que continua a oferecer serviços de herança digital.

²¹⁴ LUSTIG, Nathan. **2.89m Facebook Users Will Die in 2012, 580,000 in the USA**. 2012. Disponível em: <<http://www.nathanlustig.com/2012/06/06/2-89m-facebook-users-will-die-in-2012-580000-in-the-usa/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

²¹⁵ TECHVIBES. **Three Facebook Users Die Every Minute. How Will Your Online Legacy Look After Death?** 2012. Disponível em: <<https://techvibes.com/2012/01/10/three-facebook-users-die-every-minute-how-will-your-online-legacy-look-after-death-2012-01-10>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

50 anos de idade, embora ainda relativamente pequeno, tem a maior taxa de crescimento em redes sociais²¹⁶.

É proveitoso trazer, portanto, alguns casos inusitados ao redor do mundo que trouxeram o debate acerca da necessidade da regulamentação dos bens e direitos relativos aos dados pessoais na *Internet*, como o caso de Melissa Bonifas²¹⁷ que teve de requerer judicialmente a exclusão do perfil do *Facebook* de sua irmã que, apesar de falecida, continuava viva no mundo virtual. Dada a repercussão do caso, um parlamentar norte-americano chegou a apresentar uma proposta de lei para regulamentar o direito dos representantes legais de pessoas falecidas ao acesso e gerenciamento de seus bens digitais.

Outro caso, mais antigo, a chamar atenção da mídia foi o do fuzileiro naval estadunidense Justin Ellsworth, 20 anos, morto em Novembro de 2004 durante a 2ª ocupação do Iraque. Quando seu pai tentou recuperar as mensagens eletrônicas hospedadas no serviço de *e-mail* da *Yahoo*, teve negado o acesso diante da escusa da empresa em não fornecer as credenciais devido à sua política interna que vedava qualquer entrega de informação se não ao titular da conta. Os termos de serviço do *Yahoo* explicitavam essa condição aos aderentes do serviço gratuito de correio eletrônico, e um porta-voz da empresa manifestou que somente entregaria tais informações após uma ordem judicial, verificada a relação de parentesco com o *de cuius*. O desgaste emocional gerado aos familiares foi reconhecido pela empresa, entretanto esta se posicionou ao lado da privacidade do falecido, ajustado previamente quando da contratação do serviço. A comparação com a política interna levada a cabo por outros serviços foi inevitável, pois outros provedores de serviços de mensagens eletrônicas à época, como a *America Online*, apenas estabeleciam um procedimento administrativo com a exibição de documentos para a liberação dos dados.²¹⁸

²¹⁶ BRUCKER-KLEY, Elke et al. **Sterben und Erben in der digitalen Welt**. Zurique: Vdf Hochschulvlg, 2013, p. 25.

²¹⁷ DANZICO, Matt. **Living online after death faces Nebraska legal battle**. 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/magazine-16801154>>. Acesso em: 1 jan. 2017.

²¹⁸ HU, Jim. **Yahoo denies family access to dead marine's e-mail: Father of slain soldier wants to remember his son in words. Web giant refuses, citing privacy practices..** 2004. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/yahoo-denies-family-access-to-dead-marines-e-mail/>>. Acesso em: 1 jan. 2017.

Em Abril de 2005 o juízo de primeira instância do condado de Oakland, estado de Michigan, emitiu a ordem de entrega das informações, cumprida pelo *Yahoo* nos dias seguintes, dando satisfatividade ao caso e demonstrando a incerteza que rondava a questão da privacidade da vida digital de pessoas falecidas e da responsabilidade dos provedores de serviço na rede mundial de computadores (*Internet*). A posição de especialistas consultados fora de que tais bens deveriam ser tratados como quaisquer outras posses, indo de encontro com as políticas internas de muitas empresas que iam contra essa visão dita como “razoável” - e em sintonia com o direito - por esses especialistas. Mesmo após a ordem judicial, a *Yahoo* manifestou-se²¹⁹ que não iria rever sua política interna, escolhendo em honrar pela privacidade dos titulares das contas de e-mails por ela administrada e somente responderia judicialmente por tais pedidos de acesso.

Mais um caso²²⁰, já no contexto mais recente das redes sociais e que infelizmente não resultou em êxito para os familiares, é o de Becky Palmer, britânica falecida em tenra idade em 2010 devido a um tumor no cérebro e cuja mãe, Louise, continuou a acessar o perfil de sua filha no *Facebook*, fazendo uso das credenciais deixadas por Becky, para estabelecer contatos com os seus amigos e sentir-se de certa forma mais próxima. A administração da rede social, entretanto, percebeu o falecimento da titular da conta e decidiu por trancar o acesso²²¹, transformando seu perfil num memorial. Louise tentou contato com a empresa, explicando as circunstâncias do caso e o seu desejo de continuar com o acesso ao perfil, inclusive para leitura de mensagens privadas recebidas por Becky. O *Facebook* negou esse acesso mais amplo ao perfil de Becky, permitindo tão somente um acesso restrito de visualização e de postagem de mensagens no mural.

²¹⁹ OLSEN, Stefanie. **Yahoo releases e-mail of deceased Marine: In case that raised privacy issues, company complies with court order and gives family access to messages..** 2005. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/yahoo-releases-e-mail-of-deceased-marine/>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

²²⁰ SQUIRE, Alison Smith. **Facebook banned me from my dead daughter's page... to protect her privacy: Mother's anguish after teenager dies of brain tumour.** 2012. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2110019/Facebook-banned-dead-daughters-page-Mothers-anguish-locked-brain-tumour-teenagers-site-web-giant.html>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

²²¹ O *Facebook* tem em alguns casos reportados, até alterado as senhas de acesso de usuários falecidos quando descobre que membros da família estão acessando a conta, refira-se a KULESZA, Ada. **What Happens to Your Facebook Account When You Die?** 2012. Disponível em: <<http://blogs.lawyers.com/2012/02/what-happens-to-facebook-account-when-you-die/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Esse episódio levantou a questão polêmica sobre o desconhecimento sobre a propriedade dos bens digitais, um verdadeiro “campo minado” segundo especialistas consultados em outra reportagem²²² sobre o mesmo caso, constatando eles a total ausência de normas ou práticas padrão entre os provedores de serviço *online* de como tais bens digitais são repassados aos herdeiros. A reportagem ainda cita que uma pesquisa de baixa amostragem realizada na Inglaterra revelou que boa parte dos titulares de contas de serviços *online* preferem a manutenção da privacidade à entrega do acesso a esses bens digitais a familiares ou amigos.

Em reação a tantos casos semelhantes, o próprio *Facebook* reviu seus termos de serviço²²³ oferecidos aos usuários, dando a oportunidade da remoção automática dos perfis em caso de falecimento, baseando isso em um algoritmo não detalhado que detecta tal ocorrência, ou ainda o apontamento de um parente ou amigo que possa administrar tal perfil transformado em memorial, ainda que de uma forma limitada, sem permitir acesso às mensagens privadas.²²⁴ Finalmente, o próprio *Facebook* também acabou por incluir um formulário para que seja comunicado o falecimento de algum detentor de perfil, comunicada a data, e juntados documentos de comprovação.

Nem sempre, entretanto, o desejo familiar é de manter a presença do ente falecido no mundo digital, tendo a possibilidade de rever todo conteúdo postado pelo falecido. Esse é o caso da estadunidense Janna Moore Morin, que faleceu em 2009 em Omaha, estado de Nebraska após ter sido atropelada por um removedor de neve. Janna possuía um perfil no *Facebook* que acabou por mais de dois anos após seu falecimento em atividade, recebendo mensagens saudosas de amigos e parentes, o que causava desgaste emocional e incômodo para sua família, que era obrigada a conviver com essa “vida digital” que restara. A cada vez que sua irmã frequentava a rede social ou acessava algum sítio que possuísse um mecanismo de compartilhamento com o *Facebook* acabava por visualizar o rosto de Janna. Diferentes pessoas possuem diferentes formas de demonstrar seu luto e a frequente referência à falecida na *Internet* não interessava à família mais próxima. Àquele

²²² COLEMAN, Clive. **How do we protect our digital legacy after death?** 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/uk-32151999>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

²²³ Termos de serviço em <https://www.facebook.com/terms>. No rol de proibições, destaca-se a violação do ajuste em caso de se acessar o serviço utilizando as credenciais de outra pessoa.

²²⁴ Mais detalhes em artigo específico no próprio sítio do *Facebook* https://www.facebook.com/help/275013292838654/?helpref=hc_fnav

tempo não havia nenhum mecanismo para encerrar o perfil implementado na referida rede social e, em reportagem²²⁵ referente ao episódio, noticiou-se que vários estados dos EUA estavam a considerar a criação de legislação que desse aos representantes legais da sucessão o domínio de perfis de falecidos hospedados em redes sociais para que assim pudessem encerrá-los de forma prática. Isso obviamente foi alvo de argumentos perante especialistas, que demandavam maior discussão sobre os possíveis efeitos dessas leis. Esse foi mais um dos casos a corroborar com a evolução do termo de serviço do Facebook, contrato que rege a relação entre o usuário e a empresa, e que foi alvo de extensa análise no artigo “Facebook after death: an evolving policy in a social network”²²⁶.

Outro caso que posteriormente mostrou-se um boato²²⁷ foi o do ator Bruce Willis, que ao perceber que não possuía o direito de transferir suas músicas do *iTunes* para suas filhas em caso de seu falecimento, estaria ajuizando ação contra a empresa Apple, proprietária do serviço de distribuição digital visando garantir a transmissão desses bens digitais. Teria o ator descoberto que sob os termos e condições aceitos quando da aquisição das referidas obras, ele estaria tão somente realizando um empréstimo para seu uso pessoal, significando que o valor gasto na suposta aquisição não teria valoração alguma para efeito sucessório, sendo impossibilitada a sua transmissão. Nenhuma declaração oficial foi obtida do ator ou de seus assessores, mas bastou tal boato para trazer à discussão novamente o tema da sucessão digital, agora não somente numa perspectiva afetiva, mas também de repercussão econômica. A notícia, exagerada ou não, acabou por fazer ressurgir questões relevantes sobre a propriedade de bens digitais e sua transmissibilidade.

Os termos e condições para uso da plataforma *iTunes* são extensos²²⁸ e sob um viés consumerista, tornam praticamente letra morta qualquer cogitação de certeza quanto à plena ciência das cláusulas contratuais e do exercício pleno da autonomia da vontade - ao contratar o serviço pelo critério do homem-médio. De

²²⁵ DANZICO, Matt. **Living online after death faces Nebraska legal battle**. 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/magazine-16801154>>. Acesso em: 1 jan. 2017.

²²⁶ Disponível no sítio <http://ijlit.oxfordjournals.org/content/22/2/107.full>.

²²⁷ ARTHUR, Charles. **No, Bruce Willis isn't suing Apple over iTunes rights**. 2012. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/blog/2012/sep/03/no-apple-bruce-willis>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

²²⁸ Termos de serviço conforme o sítio <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/us/terms.html#SERVICE>.

qualquer modo, consultada Patrícia Peck Pinheiro²²⁹, esta esclareceu que segundo tais termos, mesmo se o famoso ator quisesse, nem em vida isso seria possível, pois, ao adquirir uma música digital na referida plataforma o comprador não se torna o proprietário dela (direito absoluto de fruir a coisa), mas sim tem a posse precária (direito mais limitado), por força de cláusulas de utilização que muito dos adquirentes desse tipo de mídia não atentam. É tema que aguarda a contribuição dos doutrinadores do campo da proteção do consumidor.

Casos como os relatados também ocorrem em território brasileiro. Vide o exemplo do que houve com os familiares da jornalista falecida Juliana Ribeiro Campos²³⁰, que, diante de diversas tentativas frustradas de remoção extrajudicial do perfil da jornalista, tiveram que ajuizar uma ação judicial em face da rede social, para enfim lograrem êxito na remoção do perfil.

Assim, com o advento da *Internet*, questiona-se como essas várias situações devem ser reguladas. Afinal, como deve ser tratado o legado digital após a morte de seu titular, a quem pertencerá e fruirá de tais bens imateriais - afinal a legislação vigente apenas cita os bens materiais - e qual o destino de todos os *e-mails*, textos, fotos e demais arquivos espalhados pela *Internet*, seja na sua conta de e-mail e de outros provedores de aplicações?

4.3 A AUTORREGULAMENTAÇÃO

O tratamento mais usual, baseando-se em característica oferecida por algumas redes sociais, é impor a aceitação de um normativo quando os usuários adquirem o serviço. Como efeito, é comum a exibição de extensos termos de aceite que listam as mais variadas políticas de uso que devem ser respeitadas pelas partes.

²²⁹ Segundo entrevista disponível no sítio http://www.brasilpost.com.br/patricia-peck-pinheiro/heranca-digital_b_5020237.html

²³⁰ BBC BRASIL. **Facebook removes memorial page of Brazilian journalist**. 2013. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-22299161>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

Nesse viés, como esforço de autorregulamentação, a empresa Google Inc. implementou uma ferramenta denominada “Gerenciador de Contas Inativas”²³¹, que acaba por permitir aos usuários dos diversos aplicativos de sua plataforma especificarem qual o tratamento a ser dado aos dados hospedados nestes serviços diversos tão logo que for constatada a inatividade da conta associada, graças à algoritmos utilizados pela provedora. Prazos de inatividade diferenciados são oferecidos (três, seis ou doze meses) a fim de determinar se houve o provável falecimento do titular da conta, assim como se pode escolher pela eliminação dos dados e a exclusão do perfil, ou pela notificação de contatos próximos para receberem os dados.

Outro exemplo de autorregulação é o caso do *Facebook*, que oferece um serviço de “Solicitação de Memorial”²³², onde além de poder permanentemente apagar o perfil enviando a Certidão de Óbito digitalizada, a família do *de cuius* pode solicitar para converter a conta em um memorial²³³ digital, gerenciado pelos parentes, com poucas formas de edição possíveis (como mudar as fotos do perfil, escrever uma mensagem fixa na linha do tempo e responder a requisições de usuários), mas que permite aos amigos deixarem mensagens ao usuário falecido. Importante ressaltar ainda, que os memoriais não permitem o acesso irrestrito às informações do falecido, como das suas atualizações de *status* e mensagens privadas que são eliminadas. Esse acesso tem sido reiteradamente negado pelo Facebook²³⁴.

As iniciativas de autorregulamentação são positivas, mas mantém a controvérsia. Destarte, Laura Schertel Mendes não desconhece os esforços de autorregulamentação no âmbito da proteção de dados, mas defende a necessidade de uma solução estatal, se possível administrativa, afirmando que:

²³¹ Conforme informações disponíveis em <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>

²³² Conforme informações disponíveis em <https://www.facebook.com/help/contact/234739086860192>.

²³³ A ideia de criar um memorial no *Facebook* surgiu ainda no início da empresa quando um de seus funcionários falecera, refira-se a CHAN, Kathy H.. **Memories of Friends Departed Endure on Facebook**. 2009. Disponível em: <<https://www.facebook.com/notes/facebook/memories-of-friends-departed-endure-on-facebook/163091042130>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

²³⁴ HOPPER, Jessica. **Digital Afterlife: What happens to your online accounts when you die?** 2012. Disponível em: <http://rockcenter.nbcnews.com/_news/2012/06/01/11995859-digital-afterlife-what-happens-to-your-online-accounts-when-you-die?lite>. Acesso em: 25 mar. 2017.

A efetivação do direito à proteção de dados depende do controle e fiscalização da atividade de processamento de dados por autoridade administrativa, de modo a complementar um sistema judicial de resolução de conflitos.²³⁵

Enquanto esta solução inexiste, a jurisprudência brasileira responde com força ao tema, assegurando o acesso à justiça brasileira apesar do ajuste contratual prévio e decidindo sobre eventual cláusula de eleição do foro, caso mais típico de conflito. Em julgado do Superior Tribunal de Justiça, pode-se extrair diversas definições úteis para contextualizar temas polêmicos do direito digital:

1. A evolução dos sistemas relacionados à informática proporciona a internacionalização das relações humanas, relativiza as distancias geográficas e enseja múltiplas e instantâneas interações entre indivíduos.
2. Entretanto, a intangibilidade e mobilidade das informações armazenadas e transmitidas na rede mundial de computadores, a fugacidade e instantaneidade com que as conexões são estabelecidas e encerradas, a possibilidade de não exposição física do usuário, o alcance global da rede, constituem-se em algumas peculiaridades inerentes a esta nova tecnologia, abrindo ensejo à prática de possíveis condutas indevidas.
3. O caso em julgamento traz à baila a controvertida situação do impacto da internet sobre o direito e as relações jurídico-sociais, em um ambiente até o momento desprovido de regulamentação estatal.²³⁶

Por óbvio, a origem da *Internet* seu posterior desenvolvimento ocorre em um ambiente com características de autorregulação, pois os padrões e as regras do sistema não emanam, necessariamente, de órgãos estatais, mas de entidades e usuários que assumem o desafio de expandir a rede globalmente. Ocorre que muitos fatos ocorridos no seio da *Internet* são fatos jurídicos relevantes e que podem estar sujeitos à jurisdição estatal.

Assim, nos primórdios do ambiente virtual, o consumo de bens pela via eletrônica e os efeitos dessa relação tinham seu destaque e eram plenamente suportadas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC)²³⁷ e pela construção jurisprudencial que se sucedeu. Mas atualmente a coleta, o tratamento e retenção de informações pessoais no próprio ciberespaço tem sua atenção, e assim o

²³⁵ MENDES, Laura Schertel. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental, 1ª Edição. Saraiva, 02/2014, p. 11-13.

²³⁶ REsp 1168547/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgado em 11-5-2010, DJe 7-2-2011.

²³⁷ Em especial, o CDC (Lei 8.078/1990) adequa-se ao comércio eletrônico (art. 33) e às bases de dados de crédito (artigos 43, 44).

diploma consumerista acabou por se afastar de muitas situações, o que é o caso da sucessão digital.

No ambiente virtual, a frequente imposição de termos de uso^{238 239} para a aquisição de serviços aparentemente gratuitos é alvo de crítica^{240 241}, pois ali o indivíduo em muitos casos se torna usuário do serviço somente após sua completa rendição aos extensíssimos termos ali dispostos, ou acaba invariavelmente aceitando os termos exibidos, por ter baixo interesse em saber amiúde dos seus direitos e deveres, de forma mui semelhante aos contratos de adesão²⁴² celebrados com concessionárias de serviços públicos. Ao mínimo, parte da expectativa do consumidor alguma regra quanto à não exposição de seus dados pessoais (privacidade), mas o tema sucessório e a transmissibilidade de bens e direitos derivados também surgem como possíveis promessas.

Nesse sentido, o Marco Civil da *Internet* (Lei n. 12.965/2014)²⁴³ a ser abordado no próximo subcapítulo) impõe uma limitação significativa à utilização comercial dos dados pessoais dos internautas, salvo quando houver consentimento expresso (vide art. 7º, VII e X), nas palavras de Carlos Eduardo Elias de Oliveira:

²³⁸ Segundo Tarcísio Teixeira in verbis “Ressalte-se que grande parte dos contratos celebrados na internet são contratos de adesão, ou seja, aqueles em que uma das partes (aderente) não tem poderes para discutir as cláusulas contratuais. Muitas vezes a adesão se dá por meio de um clique no “aceito” os “termos de uso” do site em que se está navegando. ” in TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática, 3ª edição. Saraiva, 6/2015, p. 199.

²³⁹ Também conhecidos como “termos de serviço”, “termos e condições” são regras pelas quais uma das partes deve concordar em respeitar para utilizar um serviço. A comunidade virtual “Terms of Service; Didn’t Read” (<https://tosdr.org/>) é focada numa iniciativa de avaliar e rotular sítios da Internet de acordo com suas políticas de termos de serviço e privacidade.

²⁴⁰ Para mais críticas ao sistema contratualista clássico - regido tão somente pela tríade de elementos essenciais (o consentimento, a coisa, o preço) – comum nos termos de uso de serviço eletrônicos em deferimento dos direitos do consumidor, refira-se ao artigo de NEWITZ, Annalee. **Dangerous Terms: A User’s Guide to EULAs**. 2005. Disponível em: <<https://www.eff.org/pt-br/wp/dangerous-terms-users-guide-eulas>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

²⁴¹ Para análise dos impactos da contratação sobre meios eletrônicos e dos termos de licenciamento de uso, refira-se ao artigo seminal que os confronta com o Código Comercial Uniformizado dos EUA, refira-se a artigo de NIMMER, David; BROWN, Elliot; FRISCHLING, Gary N.. **The Metamorphosis of Contract into Expand**, 87 Cal. L. Rev. 17. 1999. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol87/iss1/2>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

²⁴² Segundo Paulo Nader, contrato de adesão, in verbis “[...] é aquele em que apenas uma parte dita as cláusulas e condições, cabendo ao interessado aceitá-las no conjunto ou não. Excepcionalmente ascendem-se algumas disposições a fim de se atender às exigências do caso concreto.” in NADER, Paulo. **Curso Direito Civil - Vol. 3 - Contratos**, 8ª edição. Forense, 12/2015.

²⁴³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/lei/l12965.htm .

[...] a utilização desses dados pessoais só poderá ocorrer se os internautas manifestarem consentimento livre, expresso e informado, o qual poderá ser revogado a qualquer momento pelo próprio usuário, que tem direito à exclusão definitiva de todos os dados que tiver fornecido ao *site*.²⁴⁴

Ou seja, os provedores de aplicações não podem induzir a resposta de forma sub-reptícia, obtendo assim aval para a transferência dos dados pessoais do usuário, incluindo preferências pessoais, histórico de navegação, valores preenchidos em formulários entre outras informações, assim como não se pode induzir à aceitação de termos potencialmente lesivos à manutenção de seus dados em caso de falecimento.

4.4 A INICIATIVA LEGISLATIVA

Dados alguns exemplos práticos da sucessão digital, e as características oferecidas num ambiente autorregulamentado, goza o ordenamento jurídico local de alguma norma que tutele os interesses do cidadão? É o que se pretende averiguar neste subcapítulo.

4.4.1 O MARCO CIVIL DA *INTERNET*

Cediço esperar que o Marco Civil de *Internet*²⁴⁵ (MCI), Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, viesse a contemplar algum aspecto que auxiliasse possíveis conflitos no âmbito da sucessão digital. Sua gênese como lei reguladora da *Internet* no Brasil, através da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários, provedores de serviços e de conexão, assim como a imposição de diretrizes para a atuação do Estado, poderia trazer algum alento para o tema.

Sem demérito, foi louvável a mudança da tendência legislativa, onde a participação popular foi decisiva e a tipificação criminal de condutas na rede mundial de computadores deixou de ser o foco da discussão, nas palavras de Leonardo de

²⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos Principais da Lei Nº 12.965, de 2014, O Marco Civil da Internet:** subsídios à comunidade jurídica. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-148-aspectos-principais-da-lei-no-12.965-de-2014-o-marco-civil-da-internet-subsidios-a-comunidade-juridica>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

²⁴⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

Castro Gomes: “As questões criminais deixaram de ser o foco para que este recaísse sobre os direitos e deveres na Internet, acabando com o pressuposto de que o usuário da Internet é um criminoso em potencial”²⁴⁶.

Entretanto, o texto legal limita-se a tratar de assuntos como a neutralidade da rede²⁴⁷ (art. 3º IV c/c art. 9º), privacidade (art. 3º II), a retenção de dados e a função social da rede na garantia da liberdade de expressão e da transmissão de conhecimento (arts. 2º e 4º), da territorialidade²⁴⁸, além de delegar obrigações de responsabilidade civil para usuários e provedores (arts. 18 a 21).

De forma tênue alguns assuntos podem ser correlacionados com o tema da sucessão digital, mas num perspectiva complementar e não exatamente ditando quaisquer regras. Por óbvio, o texto legal do MCI está em aderência às normas e princípios da Constituição Federal, dado que não possui tamanha autonomia normativa, especialmente quanto ao sensível tema da liberdade de expressão²⁴⁹ e dispondo-se ainda a realizar um “diálogo das fontes”²⁵⁰, conforme seu artigo 6º.

²⁴⁶ GOMES, Leonardo de Castro. **Marco civil da internet. Impressões preliminares da lei nº 12.965, de 23.04.2014.** Revista do Gedicon - Emerj: Estudos de Direito Concreto em Matéria Cível e Fazendária, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p.55-83, dez. 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_gedicon_online/paginas/volume/2/revista-do-gedicon-volume2_55.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2017.

²⁴⁷ Neutralidade da rede (ou neutralidade da Internet, ou princípios da neutralidade): significa que todas as informações que trafegam em rede devem ser tratadas da mesma forma, navegando à mesma velocidade contratada, respeitada a capacidade do servidor remoto e mitigando os interesses econômicos de provedores de acesso que introduziriam práticas ilegais ou prejudiciais no uso da internet através de modelagem de tráfego (*traffic shapping*), onde apenas determinados serviços teriam prioridade na utilização do tráfego disponível. Tal liberdade nas mãos dos provedores de acesso forçaria os servidores de aplicação ou os próprios usuários a pagarem tarifas adicionais para terem acesso pleno a determinados serviços.

²⁴⁸ Segundo o MCI, a legislação brasileira terá que ser respeitada por empresa estrangeira, mesmo sem filial no Brasil, contando que oferte serviço ao público brasileiro (art. 11 §2º). No entendimento de Carlos Eduardo Elias de Oliveira, apenas normas concernentes à coleta, guarda, armazenamento, ou tratamento de registros, dados pessoais ou de comunicações estão sujeitas a isso, no âmbito do próprio MCI, afastada qualquer intrusão à aspectos contratuais em compras à distância por exemplo, onde a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, art. 9º, §2º) e a jurisprudência dizem a respeito. Ainda, quando à “oferta ao público brasileiro”, cabe compreender que o comportamento da empresa estrangeira deve ser específico e direcionado em promover a ação de propaganda ao mercado de consumo local, não sendo a simples disponibilização de textos em português como indicativo. OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos principais da lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet:** subsídios à comunidade jurídica. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-148-aspectos-principais-da-lei-no-12.965-de-2014-o-marco-civil-da-internet-subsidios-a-comunidade-juridica>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

²⁴⁹ Quanto à liberdade de expressão, faz jus constar a ementa parcial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, que acabou por derrubar a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967): “Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra,

Por exemplo, quanto à privacidade, o art. 8º externa a preocupação quanto à garantia à privacidade nas comunicações, excluída do âmbito trabalhista²⁵¹, e traz um tratamento pró-consumidor quanto a cláusulas contratuais que venham a ofender essa inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas e até impedindo o afastamento do foro brasileiro para solução de controvérsias. Evidentemente esse sigilo e privacidade não são absolutos, pois os dados podem ser requeridos para formação de conjunto probatório em ações civis ou penais (arts. 22 e 23).

Mas, quanto à retenção de dados²⁵² (artigos 13 a 17), a preocupação do Marco Civil da *Internet* somente se preocupa aos registros de conexões e ao acesso às aplicações, não abarcando o conteúdo de outros dados armazenados digitalmente, núcleo da discussão da presente Monografia.

Programaticamente, o MCI acena longinquamente à proteção dos aspectos sucessórios em seu artigo 3º, inciso III (ao dar importância à proteção dos dados pessoais, na forma da lei, como princípio a disciplinar o uso da *Internet*), somada à Seção II da referida lei (“Da Proteção aos Registros, aos Dados Pessoais e às Comunicações Privadas”), cujo caput do artigo 10 prevê a disponibilização de dados pessoais mediante ordem judicial em atendimento “...à preservação da intimidade,

intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência a posteriori do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo a posteriori, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa.”.

²⁵⁰ A Teoria do Diálogo das Fontes permitiu uma integração entre os dois diplomas legislativos diante de casos onde os critérios de solução de antinomias jurídicas já conhecidos não eram suficientes para uma hermenêutica jurídica condizente com a realidade das relações consumeristas. In verbis "O Código de Defesa do Consumidor traz como conteúdo questões de direito privado e de direito público, encerrando vários conceitos indeterminados, como o de "boa-fé". Representa uma norma aberta, perfeitamente afeita a diálogos interdisciplinares (diálogo das fontes). O pioneiro no pensamento sobre o diálogo das fontes foi o alemão Erik Jayme que, em princípio, vislumbrava com a proposta de diálogo das fontes uma interação entre as diretivas da comunidade europeia e as leis internas. No Brasil, a jurista Cláudia Lima Marques propõe uma interação entre as leis. As leis não se excluem, mas se comunicam. Com efeito, abandona-se a ideia de "microsistema jurídico", totalmente isolado." in TARTUCE, Flávio; MARTOS, José Antonio de Faria. **O diálogo das fontes e a hermenêutica consumerista no Superior Tribunal de Justiça**. 2014. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201408271608280.ARTIGO_TARTUCEMARTOS_DIALOGO.doc>. Acesso em: 10 jan. 2017.

²⁵¹ No ambiente de trabalho, além do e-mail, outros aspectos informáticos podem ser monitorados, como páginas acessadas ou o uso de serviços inadequados, conforme Acórdão da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (AIRR-1461-48.2010.5.10.0003).

²⁵² E ainda cria polêmica, ao estabelecer prazos de retenção de 1 (um) ano para registros de conexão (art. 13) e registros de acesso às aplicações pelo prazo de 6 (seis) meses (art. 15), inviabilizando o exercício da pretensão de reparação civil por danos materiais e morais, frente a prescrição constante do art. 206 §3º V do Código Civil.

da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas”.

Entretanto, a seção traz claramente uma raiz teleológica de preocupação somente quanto a aspectos penais ou indenizatórios, e não sucessórios, com a preocupação maior em indisponibilizar²⁵³ o conteúdo ofensivo ao indivíduo ou à coletividade e não entregá-lo aos seus sucessores. Releve-se, entretanto, que essa norma possa servir de instrumento num pedido instruído ao juízo da sucessão e acaba por antecipar a discussão sobre a necessidade de uma Lei de Proteção de Dados Pessoais, tema a ser abordado no próximo subcapítulo.

No aspecto processual, a MCI acaba indicando a competência dos Juizados Especiais (art. 19 §3º) nos casos que resultam em possível ressarcimento²⁵⁴ por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na *Internet* relacionados à honra, à reputação ou a direitos da personalidade; ou ainda quanto à indisponibilização de conteúdo pela parte interessada. Apesar da boa intenção da norma em prol da economia e celeridade processual, o seu campo de atuação é bem delimitado e esta não parece acomodar uma interpretação extensiva a ponto de acolher qualquer discussão ou regradar algum procedimento sucessório quanto ao conteúdo digital deixado pelo *de cuius* no mesmo rito e competência dos juizados. Evidencia-se aqui, portanto, que o legislador muito provavelmente não vislumbrou o tema da sucessão digital como objeto do Marco Civil da *Internet*.

4.4.2 A LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A divulgação de conteúdo sem autorização de seu titular, como resultado de invasão do dispositivo informático alheio, já é tipificada na Lei 12.737/2012 (“Lei Carolina Dieckmann”), que acabou por inserir no diploma penal material condutas

²⁵³ Segundo Leonardo de Castro Gomes, op. cit., tal indisponibilização, condicionada à ordem judicial nos termos do art. 19 do MCI, apresenta vício de inconstitucionalidade por delimitar o princípio da *restitutio in integrum*, previsto no art. 5º, V, da Constituição Federal de 1988, ao condicionar a responsabilidade à ordem judicial prévia. O autor cita jurisprudência pretérita ao MCI, do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1338214/MT), que sempre admitiu a notificação extrajudicial visando a retirada de conteúdo lesivo gerado por terceiro, caracterizando a inércia do provedor de conteúdo como conduta omissiva ilícita e justificando a indenização por danos morais.

²⁵⁴ Aqui, os limites de alçada dos juizados especiais são aplicáveis, em respeito ao art. 3º, inciso I da Lei 9.099/1995, o que não impede o pedido de ressarcimento no juízo ordinário (procedimento comum).

que possam causar lesão. Entretanto, uma lei de proteção de dados específica e mais abrangente deve entrar em vigor em breve, podendo ir a plenário ainda no ano de 2017. O projeto de lei tramita sob o número 4060/2012²⁵⁵, de autoria do deputado federal Milton Monti (PR/SP), e tendo recebido recentemente o apenso do Projeto de Lei 5.276/2016 de iniciativa do Poder Executivo.

A tempo, a proteção de dados é um direito fundamental, como dispõe o art. 5º, inciso XII da Constituição Federal²⁵⁶:

é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Nesse sentido, segundo Thabata Filizola Costa “Quaisquer elementos de informação que se pretenda associar e registrar que sejam relativos a pessoas são considerados dados pessoais.”²⁵⁷. Ou seja, dados comumente informados em qualquer formulário eletrônico, como nome completo, data de nascimento, endereço residencial, profissão, estado civil e até dados incomuns como a cor ou música preferida são alvo de proteção da vindoura legislação.

Uma das medidas, análoga ao que ocorre na Europa, seria a criação de um órgão responsável pelo cumprimento da legislação de proteção de dados pessoais, pois hoje é inexistente uma autoridade fiscalizadora das condutas ameaçadoras ou lesivas aos direitos fundamentais. As sugestões ao anteprojeto de lei apontam para um órgão técnico neutro e autônomo, com características de uma agência reguladora, podendo ser também uma comissão ou autoridade independente.

Esta agência seria focada na defesa de três grandes garantias constitucionais, o direito à privacidade, a liberdade de expressão e a liberdade de empreender (livre iniciativa), o que demandará esforço legislativo para equilibrá-las, harmonizando princípios constitucionais.

²⁵⁵ Acompanhamento legislativo vide o sítio

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066&ord=1> .

²⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

²⁵⁷ COSTA, Thabata Filizola. **A importância de uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Disponível em: <<https://thabatafc.jusbrasil.com.br/artigos/346208302/a-importancia-de-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

A disponibilização massiva de informações em bancos de dados de consumo e crédito, na contratação de recursos humanos para empresas, na investigação social realizada por órgãos públicos para admissão de pessoal ou para fins de fiscalização tributária, dá a sensação que o cidadão está à mercê da possível malversação de suas informações particulares tanto na esfera privada quanto pública. A troca de facilidades permitida por inúmeras inovações tecnológicas sempre cobra seu preço: a concessão de informações pessoais para que, em tese, melhores serviços, customizados, sejam prestados ao usuário.

O Marco Civil da *Internet* (MCI) já havia inovado ao estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *Internet* no Brasil, mas as discussões judiciais permanecem, por ser uma norma recente. Em seu artigo 3º o inciso III prevê como princípio disciplinar a “proteção dos dados pessoais, na forma da lei”, ou seja, a Lei de Proteção de Dados Pessoais é demandada já gênese do MCI. Ainda, o inciso V reza a “preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas”, dando enfoque amplo para que a vindoura Lei de Proteção de Dados Pessoais também acompanhe os padrões internacionais para a manutenção da “estabilidade, segurança e funcionalidade” da rede, não somente no aspecto técnico-tecnológico, mas também quanto à adoção de normas que tenham sintonia com a legislação estrangeira, o que acolhe regulação quanto à proteção dos dados pessoais sob os auspícios do direito comparado.

Nesse tema, a Europa tem muito a contribuir, pois continuamente está a alcançar o equilíbrio da tecnologia e a preservação dos direitos humanos. Temas polêmicos quanto à utilização da publicidade comportamental, a troca e extração de informações governamentais para o combate ao crime e ao terrorismo, os motores de busca e as redes sociais são alvo de resoluções delicadas por parte da comunidade europeia, sendo a matéria objeto de reformulação, conforme histórico que se pode visualizar no sítio do Parlamento Europeu sobre Proteção de dados Pessoais²⁵⁸. Os pilares legislativos na Carta dos Direitos Fundamentais da EU, na Convenção 108 de 1981, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) estão mantidos, mas a obsoleta estrutura de diretivas (95/46/CE, Decisão-Quadro

258

Disponível em http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuld=FTU_5.12.8.html.

em

2008/977/JAI do Conselho Europeu) será reformada por um pacote legislativo que entrará em vigor em maio de 2018.

Enquanto isso no Brasil, boa parte da sociedade ainda está alheia aos riscos potenciais do abuso das informações pessoais, ainda que o MCI salutarmente trate de aspectos mínimos para a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, a proteção dos dados pessoais, a informação e consentimento expresso para a sua coleta e a gestão destes, devendo ser excluídos definitivamente quando não mais necessários, exceto nos casos previstos em lei para sua manutenção por período disciplinado²⁵⁹. Possui o novel diploma uma seção sobre a proteção aos registros e dados pessoais (art. 10), e a proibição do excesso de guarda de dados não afins à provisão da aplicação acessada (art. 16), respeitando os estritos limites da necessidade, da adequação e da proporcionalidade.

Todos esses pontos já presentes no Marco Civil da Internet reforçam a proteção de dados pessoais, mas independentemente, o quadro normativo vigente atualmente é apontado como insuficiente pelos propositores da Lei de Proteção de Dados Pessoais. Constatam-se questões omissas ou de necessária reformulação nas normas existentes, que acabam prejudicando a sua finalidade, como por exemplo: i) quanto ao método de aferição do consentimento; ii) a portabilidade dos dados, exigindo não somente um direito negativo de terceiros, mas também exigindo condutas daqueles que armazenam ou tratam desses dados; iii) a responsabilização solidária entre o cedente e o cessionário dos dados, permitindo o ajuste contratual ou a responsabilidade objetiva com fulcro na teoria do risco da atividade²⁶⁰, com possível risco à inovação; iv) vedações às transferências internacionais de dados nacionais, sob risco de desestimular investimentos no Brasil ou aplicando-se erroneamente a dados em mero trânsito; v) inclusão ou exclusão de dados

²⁵⁹ Vide artigos 7º e 8º do Marco Civil da Internet.

²⁶⁰ Ou teoria do risco empresarial ou do empreendimento, onde segundo Sérgio Cavalieri Filho, in verbis "todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade empresarial ou comercial tem o dever de responder, independentemente de culpa, pelos riscos de eventuais vícios ou defeitos dos bens e produtos colocados no mercado. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos."

CAVALIERI FILHO, Sergio . **Programa de Responsabilidade Civil**, 12ª edição. Atlas, 08/2015, p. 264.

anônimos no conceito de “dados pessoais”, excluindo a proteção do que se assim se tornou, e concedendo proteção àquilo que foi reidentificado; vi) melhor clarificação do conceito de “dado pessoal”, se este abarca convicções políticas, religiosas, condição socioeconômica e dados biométricos, por exemplo.

Tema comum sobre a proteção de dados pessoais é quanto aos “motores de busca”²⁶¹, o mais conhecido deles sendo o *Google*. Apesar de não manterem informações, mas sim metadados²⁶², estes hospedam, organizam ou de qualquer forma gerenciam listagens de sítios da *Internet*, indicando o acesso e entregando muitas vezes prévias de conteúdo ou trechos desses sítios de forma resumida para facilitar a pesquisa do usuário.

Discussões surgem quanto à filtragem do conteúdo retornado por esses motores de busca, onde por vezes acabam a facilitar o acesso e conseqüentemente divulgação de páginas de conteúdo potencialmente ilegal. Por exemplo, uma decisão²⁶³ recente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça negou pedido para que

²⁶¹ Ou ferramenta de busca, é um programa desenhado para procurar palavras-chave fornecidas pelo usuário em documentos e bases de dados. No contexto da Internet, um motor de pesquisa permite procurar palavras-chave em documentos alojados nos sítios disponíveis na rede mundial. Os motores de busca tem a intenção de prestar um serviço extremamente importante: a busca de qualquer informação na rede, apresentando os resultados de uma forma organizada, e também com a proposta de fazer isto de uma maneira rápida e eficiente.

²⁶² São os “dados dos dados”, ou seja, informação concernente à estrutura, utilidade e relacionamento de determinado dado com outros.

²⁶³ Vide ementa do REsp 1316921/RJ in verbis “CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a conseqüente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na

tais provedores de pesquisa fossem obrigados a eliminar de seus sistemas os resultados derivados de determinadas expressões, ainda que muitos já tenham concebido mecanismos de filtragem próprios notadamente para algum controle étário, em benefício da supervisão parental. A indicação jurisprudencial é que constatação o abuso da liberdade da informação constante na Constituição Federal art. 220, §1º ²⁶⁴, e sopesado esse excesso com o direito da coletividade à informação, resta ao ofendido agir contra o provedor do conteúdo apontado pelo motor de busca, carecendo a vítima de interesse de agir contra este, por falta de utilidade da jurisdição.

É um entendimento que poderá ser revisto no futuro, pois se encontra em sede de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal²⁶⁵. Destoa ainda de acórdão da Corte Europeia ²⁶⁶, onde um cidadão espanhol que havia sofrido um processo execução fiscal continuava aparecendo nas listagens iniciais do motor de busca mesmo após a lide ter sido resolvida há anos, causando constrangimentos²⁶⁷

web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido.”. (STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012).

²⁶⁴ In verbis “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”.

²⁶⁵ Numerada sob o n. 533, segue a ementa do *Leading Case* da Repercussão Geral que apreciará se há o dever de empresa hospedeira de sítio na Internet fiscalizar o conteúdo publicado e retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do judiciário, in verbis “GOOGLE — REDES SOCIAIS — SITES DE RELACIONAMENTO — PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS NA INTERNET — CONTEÚDO OFENSIVO — RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR - DANOS MORAIS — INDENIZAÇÃO — COLISÃO ENTRE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO vs. DIREITO À PRIVACIDADE, À INTIMIDADE, À HONRA E À IMAGEM. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL DESTA CORTE. (STF - RG ARE: 660861 MG - MINAS GERAIS 9002893-47.2010.8.13.0024, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/03/2012, Data de Publicação: DJe-219 07-11-2012)”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4155926&numeroProcesso=660861&classeProcesso=ARE&numeroTema=533#>.

²⁶⁶ Processo C-131/12, Acórdão de 13/05/2014 disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT>.

²⁶⁷ O direito de selecionar, segurar e preservar dados como memórias digitais *post mortem* pode conflitar com a demanda do "**direito ao esquecimento**". Soluções práticas para implementar esse direito podem ser datas de expiração para os dados mantidos na *Internet* (MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. **Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age**. 2011) ou de ferramentas de deleção

e recorrendo este a Agência Espanhola de Processão de Dados (AEPD)²⁶⁸, e posteriormente à Corte Europeia.

A AEPD²⁶⁹ indeferiu a reclamação do cidadão quanto à parte provedor de conteúdo, da publicação da hasta pública, visto que era uma publicação legítima e efetuada por ordem do Ministério competente em jornal de grande circulação, relevante na época edição. Entretanto, mesma agência deferiu a reclamação quanto ao motor de busca Google, pois entendeu que como intermediários da sociedade da informação, tais mecanismos tem o dever de retirar das suas listagens publicações que venham a lesar o direito fundamental da proteção dos dados e a dignidade das pessoas em sentido amplo, o que abrangeria também a simples vontade da pessoa interessada de que esses dados não sejam conhecidos por terceiros. Por fim a corte europeia ratificou a decisão da agência espanhola, em interpretação da Diretiva 95/46/CE²⁷⁰, cotejando seus artigos frente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia²⁷¹.

Quanto à disciplina na elaboração da norma local, a participação democrática da elaboração do projeto - empoderando o usuário, maior interessado no tema - nos moldes do que fora realizado no âmbito do MCI é essencial. Nesse sentido, o

digitais como o X-pire (<http://getxpire.com/index>). As questões do tempo de vida e da proteção de dados na Internet não são somente tecnológicas, pois a tecnologia já existe e é prática, devendo a ênfase ser quanto à adoção da privacidade como modelo ("privacy by design" in (CAVOUKIAN, Ann. **Privacy by Design** .The 7 Foundational Principles. rev. 2011). O documento "A Digital Agenda for Europe" (European Commission, rev. 2014) postula esse princípio que clama pelo direito de que a proteção e privacidade dos dados pessoais devem estar inseridos no ciclo de vida das tecnologias da informação como um todo, desde a criação da informação até a sua eliminação. Esse conceito não requer somente o compromisso e iniciativa dos usuários e fornecedores de tecnologia, mas também do necessário exame e revisão dos normativos relacionados.

²⁶⁸ Sítio disponível em <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/index-ides-idphp.php> .

²⁶⁹ Curiosamente, tanto a agência de proteção de dados Espanhola quanto a Europeia possuem o mesmo acrônimo - AEPD. A Autoridade Europeia para a Proteção de Dados é uma entidade supervisora independente que assegura que as instituições e órgãos da União Europeia respeitam as suas obrigações no que respeita à proteção de dados, previstas no Regulamento (CE) n.º 45/2001 relativo à proteção de dados. Os deveres principais da AEPD são a supervisão, a consulta e a cooperação. O Grupo de Trabalho instituído pelo artigo 29.º é um órgão consultivo independente sobre proteção de dados e privacidade, constituído por representantes das autoridades nacionais de proteção de dados dos Estados-Membros da UE, da AEPD e da Comissão. Emite recomendações, pareceres e documentos de trabalho. O Grupo de Trabalho do Artigo 29.º será substituído pelo Comité Europeu para a Proteção de Dados, nos termos do novo Regulamento geral sobre a proteção de dados.

²⁷⁰ Em especial atentar aos artigos 2º (definições), 4º (direito nacional aplicável), 12º (direito de acesso da pessoa em causa aos dados) e 14º (direito de oposição da pessoa em causa). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046> .

²⁷¹ Em especial aos artigos 7º (respeito pela vida privada e familiar) e 8º (proteção de dados pessoais). Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:12016P/TXT> .

anteprojeto já passou por várias consultas e audiências públicas e está disponível para debate no sítio²⁷² do Ministério da Justiça.

Por fim, além do Marco Civil da *Internet* e do projeto de Lei de Proteção aos Dados Pessoais, outras leis esparsas tratam do assunto e devem ser consideradas em qualquer discussão sobre o tema. Dentre elas, destacam-se a Lei de Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011)²⁷³ e a Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011)²⁷⁴.

4.4.3 A LEI DE HERANÇA DIGITAL

Portanto, constatada a inexistência no ordenamento jurídico brasileiro norma que tutele de forma mais completa e específica a proteção dos bens digitais no âmbito sucessório, exceto das criações protegidas pelas leis de direitos autorais, cabe a discussão sobre a possibilidade do exercício da função legiferante em prol da sociedade, que incorre de evidente prejuízo, quer no seu papel de formadora de opinião, quer como parte interessada na proteção desses bens.

O nome do presente subcapítulo é pretensioso, pois ao analisar as proposições em curso, pode-se antecipar que se trata tão somente de adaptar o diploma cível (Lei n. 10.406/2002²⁷⁵) à nova realidade do mundo digital. Tais proposições visam regular especificamente o tema, com a justificativa comum de que a lacuna normativa existente resulta em demandas judiciais que provavelmente serão julgadas de forma não uniforme, com base em disposições genéricas do direito civil.

Nesse contexto, primeiro traz-se a conhecimento o Projeto de Lei (PL) 4.099/12²⁷⁶ ²⁷⁷ de iniciativa do Deputado Federal Jorginho Mello (PSDB/SC),

²⁷² Disponível em <http://pensando.mj.gov.br/dadospessoais/texto-em-debate/anteprojeto-de-lei-para-a-protecao-de-dados-pessoais/>.

²⁷³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12414.htm.

²⁷⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

²⁷⁵ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

²⁷⁶ Disponível para acompanhamento de tramitação em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>.

²⁷⁷ Inteiro teor do projeto de lei disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012.

apresentado em 20 (vinte) de junho de 2012, que visa assegurar o direito dos familiares em gerir os bens digitais deixados como herança. Este projeto de lei já foi aprovado pela CCJC (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania) da Câmara dos Deputados e, desde outubro de 2013, está lenta tramitação no Senado Federal²⁷⁸.

O projeto propõe a inclusão de um parágrafo único no artigo 1.788 do atual²⁷⁹ Código Civil, que dispõe sobre as regras de transmissão de heranças. O texto, se aprovado, determinará que “serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança” em caso da sucessão sem testamento.

Em entrevista dada o parlamentar afirma que:

Em casos de morte do titular, os familiares que desejem encerrar essa conta, em razão dos inúmeros transtornos que a situação gera, têm recorrido ao judiciário para obter esse direito. Os juízes têm decidido de maneiras diferentes, gerando controvérsias sobre a questão. A finalidade do PL 4.099 é suprir a omissão legislativa nesse ponto, especificando expressamente um direito para facilitar essa transferência do domínio.²⁸⁰

Para o parlamentar, o projeto de lei “nada mais é do que uma extensão do que já existe no ordenamento sucessório”²⁸¹, visando desburocratizar os procedimentos afetos à sucessão digital, dando o devido suporte aos familiares que estão sofrendo com a dor da perda do ente querido. Na justificativa²⁸² anexa ao texto do projeto de lei, é mencionada a falta de uniformidade em decisões judiciais quando

²⁷⁸ Renumerado no Senado Federal como PLC 75/2013, atualmente aguarda designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível para consulta em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114625>.

²⁷⁹ Redação atual o artigo 1.788 in verbis “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.”.

²⁸⁰ TRUZ, Igor. **Projeto de Lei quer regulamentar transmissão de heranças digitais**. Disponível em:

<<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/67232/projeto+de+lei+quer+regulamentar+transmissao+de+herancas+digitais.shtml>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

²⁸¹ Ibid.

²⁸² “O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares. Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. Creemos que a medida aperfeiçoa e atualiza a legislação civil, razão pela qual conclamamos os Nobres Pares a aprovarem esta proposição.”.

o Estado é provocado por famílias que solicitam o acesso a arquivos ou contas de provedores de aplicações na *Internet*. O deputado crê que a incorporação explícita do tratamento devido na lei civil, prevenirá e pacificará possíveis conflitos.

Aduz-se assim que se aprovado, o projeto de lei determinaria que arquivos e dados eletrônicos de propriedade do falecido pudesse ser repassados aos seus herdeiros, como por exemplo, músicas adquiridas em serviços como o *Itunes*. Entretanto como já anteriormente aventado, a incompreensão da aplicação dos termos de uso de vários serviços contratados pela *Internet* podem esbarrar com a finalidade da pretensa norma.

Em curiosa simultaneidade de criação legislativa, foi apresentado em 12 (doze) de dezembro do ano de 2012 o Projeto de Lei nº 4.847/2012²⁸³, de autoria do Deputado Federal Marçal Filho (PMDB/MS), que estabelece de forma mais taxativa, minuciosa, o conteúdo da herança digital, acrescentando o Capítulo II-A e os artigos 1.797-A e 1.797-C ao Código Civil. O proposto artigo 1.797-A dispõe:

A herança digital defere-se o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I.- senhas; II.- redes sociais; III.- contas da Internet; IV.- qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Ainda, o projeto de lei disciplina que se o falecido não tiver deixado testamento, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos: “Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.”.

Também segundo o PL 4847 caberá ao herdeiro definir o destino das contas do falecido seja para transformá-las em memorial, apagar o conteúdo ou remover a conta:

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro: I - definir o destino das contas do falecido; a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou; b) - apagar todos os dados do usuário ou; c) - remover a conta do antigo usuário.

Na apresentação do referido PL, o deputado Marçal Filhos justifica que “tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a

²⁸³ Disponível para acompanhamento de tramitação em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396> .

fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada “herança digital”²⁸⁴. Cita ainda matéria da Folha de São Paulo que trouxe uma reportagem²⁸⁵ sobre herança digital a partir de dados de uma pesquisa recente do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres) - já citada na presente monografia - mostrando que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua “herança digital” e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros músicas, fotos e e-mails.

O deputado alerta que no Brasil, esse conceito de herança digital ainda é pouco difundido, mas é preciso uma legislação apropriada para que as pessoas ao morrerem possam ter seus direitos resguardados a começar pela simples decisão de a quem deixar a senha de suas contas virtuais e também o seu legado digital. Ainda, o deputado afirma que quando não há nada determinado em testamento, o Código Civil prioriza familiares da pessoa que morreu para definir herdeiros. Dessa forma, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram.

O histórico dessa proposta legislativa deve ser revolido. Logo após sua apresentação, em 27 (vinte e sete) de dezembro de 2012, decidiu-se pelo apensamento ao PL 4099/2012 primeiramente citado, sujeito à apreciação conclusiva pelas comissões em regime de tramitação ordinária.

Com isso, após análise na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), foi aprovado em 20 (vinte) de agosto de 2013 o parecer do Relator, Deputado Onofre Santo Agostini, pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL nº 4.099/12 e seu apensado, o PL nº 4.847/2012.

O Relator não apresentou, em seu parecer, qualquer texto substitutivo para definir o texto que seria escolhido pela CCJC (PL nº 4.099/12 ou o PL nº 4.847/2012 ou a aglutinação dos dois textos por meio de substitutivo). A redação final, contudo,

²⁸⁴ Texto de justificação do Projeto de Lei nº 4.847, de 2012, publicado no Diário da Câmara dos Deputados em 6 (seis) de Fevereiro de 2013.

²⁸⁵ LUÍS, Leonardo. **Herança digital**: Pesquisa britânica mostra que pessoas já se preocupam com o valor de seus bens guardados na nuvem e passam a incluir em testamento coleções de discos, filmes e livros que só existem on-line. 2011. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/tec/tc0211201101.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

contemplou apenas o texto do PL nº 4.099/2012, principal). Peculiarmente, não houve declaração de prejudicialidade do projeto apensado, o PL nº 4.847/2012, mas este foi considerado prejudicado e arquivado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 2 (dois) de outubro de 2013, nos termos do artigo 163 c/c 164, § 4º, do respectivo Regimento Interno.

O que se pode concluir na pesquisa processual legislativa realizada, é que no âmbito do PL 4.099/2012, em 25 (vinte e cinco) de Setembro de 2013 foi aprovada a versão final pela CCJC somente do texto original, com tocante à inclusão de um parágrafo único no artigo 1.788 do Código Civil, ignorados o apenso do PL nº 4.847/2012, e remetido ao Senado em 2 (dois) de outubro de 2013 por meio do Of. nº 291/13/PS-GSE.

Findou o assim PL nº 4.847/2012, desapensado e arquivado. Inconformado, o Deputado Marçal Filho apresentou a Reclamação nº 6/2013, apontando a inobservância do que estabelece os artigos 163 e 164 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados²⁸⁶, no que tange a prejudicialidade de projeto de lei proposto por parlamentar e em razão da decisão pelo arquivamento de seu PL. Alegou o deputado que no caso não houve declaração de prejudicialidade do PL nº 4.847/2012, nem a publicação de despacho no Diário da Câmara dos Deputados. Dessarte, não houve abertura do prazo de cinco sessões para que o autor do PL prejudicado, o reclamante, pudesse interpor recurso ao Plenário da Câmara, o que, na sua visão, descumpriria o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 164 da Lei Interna²⁸⁷.

Transparece, portanto, que visou o deputado o desarquivamento do seu PL originalmente proposto, para que continuasse sua tramitação na Casa e, posterior

²⁸⁶ Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/Regimento%20Interno%20ate%20RCD%2054-2014.pdf>.

²⁸⁷ O citado dispositivo regimental estabelece, in verbis: “Art. 164. O Presidente da Câmara ou de Comissão, de ofício ou mediante provocação de qualquer Deputado, declarará prejudicada matéria pendente de deliberação: [...] II – em virtude de prejulgamento pelo Plenário ou Comissão, em outra deliberação. [...] § 1º Em qualquer caso, a declaração de prejudicialidade será feita perante a Câmara ou Comissão, sendo o despacho publicado no Diário da Câmara dos Deputados. § 2º Da declaração de prejudicialidade poderá o Autor da proposição, no prazo de cinco sessões a partir da publicação do despacho, ou imediatamente, na hipótese do parágrafo subsequente, interpor recurso ao Plenário da Câmara, que deliberará, ouvida a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. [...]. § 4º A proposição dada como prejudicada será definitivamente arquivada pelo Presidente da Câmara.” in BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Regimento interno da Câmara dos Deputados [recurso eletrônico]** : aprovado pela Resolução n. 17, de 1989, e alterado até a Resolução n. 17, de 2016 . – 17. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. – (Série textos básicos ; n. 136).

encaminhamento à apreciação do Senado Federal. Entretanto tal recurso no âmbito do processo legislativo não obteve êxito.

4.4.4 ANÁLISE DO MÉRITO DAS PROPOSIÇÕES

Aqui inúmeras perguntas podem ser formuladas: i) Haveria benefício aos herdeiros dos bens digitais a imposição de legislação específica, incorporada ao nosso direito civil? ii) A importância crescente dos bens digitais não estariam dragando à obsolescência a legislação vigente frente à modernidade e as novas formas de interação social? iv) A iniciativa de autorregulamentação levada a cabo por alguns agentes privados, seja acolhendo o direito sucessório, seja o repelindo, já não justificaria a imposição de normas afins? v) Não estaria o Estado falhando no seu papel como garantidor de direitos, insuficiente no papel de garantir e satisfazer suas novas formas? vi) As iniciativas legislativas expostas teriam realmente o condão de modernizar o instituto da herança, adaptando o direito conhecido à dinâmica do estilo de vida contemporâneo? vii) Deve a tecnologia forçar a adequação das regulamentações, visto que as relações da sociedade também são afetadas por tais inovações?

São muitas as críticas e comentários que podem ser tecidos às iniciativas de lei específicas ao trato sucessório no âmbito digital.

Primeiramente, os projetos de lei em tramitação no congresso não consideram o mau uso dos bens digitais dos novos detentores do domínio em virtude da sucessão, em especial das contas de redes sociais e das mensagens eletrônicas encontradas. O deputado proponente do PL 4.099/2012, Jorginho Melo, em entrevista admitiu que sua proposta não levou em consideração possibilidades como, por exemplo, o mau uso das contas digitais dos falecidos pelos herdeiros:

Entendo que herança é herança. A partir do momento que uma pessoa herda um imóvel, por exemplo, ela tem o domínio sobre aquele bem e faz o uso que achar melhor. Se uma pessoa herdar o conteúdo digital de um parente falecido e fizer mau uso, existem leis que podem punir essa prática, como o estelionato.²⁸⁸

²⁸⁸ TRUZ, Igor, op. cit., loc. cit.

Em concordância, para esses maus usos, poderia se recorrer ao arcabouço legal já existente para reprimir essas atividades, o que não seria de mau alvitre, dado que tratamento semelhante seria dado para outros bens não-digitais objeto da sucessão utilizados para fins impróprios, como difamar a próprio honra do falecido, ou ofender a outros utilizando-se do acesso da conta deste, mas a polêmica existe.

Ainda, tais iniciativas legislativas não delineiam nenhuma linha divisória entre a privacidade e o acesso decorrente da transmissão do domínio dos bens digitais. É um tema extenso. Muitos dos provedores de serviços na *Internet* preocupam-se muito com a privacidade de seus usuários e de terceiros envolvidos. Assim, a própria empresa que deliberadamente permitisse acesso a esse conteúdo privado aos sucessores, poderia estar sujeita a demandas judiciais por terceiros. Por outro lado, no que tange os bens não-digitais, isso nunca fora uma preocupação, sendo por exemplo, todo o histórico de escritos pessoais e cartas trocados pelo falecido com terceiros são costumeiramente repassados aos herdeiros, sem qualquer intervenção do estado.

Relatadas já algumas dificuldades da integração de nova norma ao direito civil, acabando por criar uma nova celeuma sem resultado prática senão a demanda por mais jurisprudência que melhor defina sua aplicação?

Nesse sentido, para Fernando Stacchini o Código Civil não precisaria ser alterado para solucionar os impasses da herança digital. É fato que o diploma cível já contém o princípio de sucessão das posses da pessoa falecida para seus herdeiros. Nesse caso, qualquer nova norma específica no trato da sucessão digital pode criar discordâncias no ambiente jurídico. Em suas palavras: “Se a herança já abrange tudo que é do indivíduo, porque alterar o Código Civil para deixar isto claro? Se eu especifico uma coisa [herança digital], passo a ter necessidade de especificar todas as outras. “²⁸⁹

Sim, pode-se dizer que cabe ao estado fiscalizar de maneira mais eficiente os produtos e serviços oferecidos atualmente na *Internet*, para que estes não contenham termos de uso contrários ao atual ordenamento jurídico. Mais que isso, pode-se aventar uma possível inconstitucionalidade do projeto de lei 4.099/2012 em

²⁸⁹ TRUZ, Igor, op. cit., loc. cit.

vista a nítida invasão de privacidade que se pode gerar, não só para o falecido, mas também para terceiros que com aquele se relacionava.

Fernando Stacchini defende que determinados bens digitais podem envolver a privacidade do falecido (como, por exemplo, mensagens eletrônicas, protegidas por senha antes de sua morte, que passam a ser acessíveis aos herdeiros, após o seu falecimento) e que nem sempre é intenção deste que os herdeiros tenham acesso a tais conteúdos digitais, sendo aí importante que o titular determine por escrito sua vontade com relação ao acesso e utilização de tais bens, se possível por meio de um testamento.

Entretanto, outra perspectiva pode ser traçada quanto ao confronto da privacidade detida pelo *de cuius* - e que deveria ser mantida *post mortem* segundo Fernando Stacchini - é verificar com o que já ocorre com bens materiais de valor sentimental, ou bens afetivos materiais, inclusive de baixo valor econômico, e que são transferidos sem maiores questionamentos, incluindo aí alguns de foro íntimo que podem ser eventualmente encontrados quando vasculhados os seus pertences, sendo que de forma alguma tal evento é visto como uma violação ao direito à privacidade. Indaga-se aí porque com os bens imateriais seria feita tal distinção e impedimento quanto ao acesso, devido a um aparente confronto que não se dá na vida real. Quanto ao conflito privacidade-sucessão, será abordado em subcapítulo próprio²⁹⁰.

Relembrando que muitos serviços oferecidos, como efeito de autorregulamentação²⁹¹, preveem em seus termos de uso algum procedimento específico para transformar o perfil de uma pessoa falecida em um memorial, ou para o encerramento da conta por contato de familiares, desde que determinados critérios sejam cumpridos. Nesses casos não há preocupação sobre eventual permissão de acesso aos dados armazenados na conta a ser cancelada, sendo imediatamente eliminados. Quanto a essa eliminação, do ponto de vista administrativo fica sempre a critério do provedor, eventualmente pode ser necessário acionar o Poder Judiciário.

²⁹⁰ Capítulo 3.6.1.

²⁹¹ Capítulo 3.3.

Entretanto, persistem casos de controvérsia quanto a prestadores de serviços que permitem a aquisição de uma licença de uso de mídia digital – comumente filmes, livros e músicas - apenas para utilização do titular do perfil, segundo os termos e condições estabelecidos neste na aquisição e preveem, por exemplo, que o titular não pode realizar uma série de transações típicas de um bem sobre o qual se detém pleno domínio²⁹² - e negam qualquer direito sucessório²⁹³.

Parece claro que em caso de litígio, o recurso ao judiciário pode resultar em ordem para que a empresa disponibilize esses bens. Entretanto é uma seara nova, e há possibilidade de que outros juízes também entendam que não existe transmissão pela natureza dos bens e por terem perfeitamente seguido a finalidade do que lhes foi programado pela empresa prestadora do serviço e anuído pelo usuário falecido através da sua concordância ao termo de uso do serviço. Aqui parece repousar o grande possível conflito da alteração proposta pelo PL 4.099/2012, e que possivelmente só seria sanado após algum incidente de uniformização, disparado com o acúmulo de lides similares nos tribunais.

Curiosamente, nessa lacuna, constata-se o surgimento de algumas empresas²⁹⁴ especializadas que atuam como guardiões, responsabilizando-se pelas informações caso usuário faleça, dada a preocupação crescente das pessoas pelo sua herança digital, entretanto são tipicamente serviços que repassarão as credenciais de acesso mantidas pelo falecido e não os dados acessíveis em si.

²⁹² Por exemplo, a licença de uso do *iTunes* que proíbe in verbis “[...] modificar, alugar, locar, emprestar, vender, ou distribuir os Serviços ou Conteúdo de qualquer forma, e não explorará os Serviços de qualquer forma não expressamente autorizada.” e “[...] transferir, redistribuir ou sublicenciar o Aplicativo Licenciado e, caso venda o seu Dispositivo Apple a um terceiro, você deve remover o Aplicativo Licenciado do Dispositivo Apple antes de fazê-lo.”. Ainda faz importantes ressalvas como in verbis “Apps disponibilizados através da App Store são licenciados a você, não vendidos.” e “Fica especificamente excluída de aplicação a este Contrato a lei que é conhecida como a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.”. Assim, é possível entender que toda a coleção de músicas adquirida via *iTunes* será perdida em caso de falecimento de seu titular. Disponível em <http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html> .

²⁹³ Chama a atenção o autor quanto aos termos de uso do *iCloud*, que vão ainda mais longe prevendo expressamente a “Não Existência de Direito de Sucessão”, pela qual o usuário in verbis “[...] concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos à seu ID Apple ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser encerrada e todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado.”, mas que contém interessante ressalva “A menos que exigido por lei [...]”. Disponível em <http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html> .

²⁹⁴ O sítio *The Digital Beyond* contém uma lista de serviços e ferramentas que ajudam no planejamento sucessório de bens digitais e que atuam como executores testamentários, no endereço <http://www.thedigitalbeyond.com/online-services-list/> .

Ainda, tal repasse de credenciais ou o uso por outro senão o titular pode ir contra o termo de uso ajustado entre o falecido e o provedor do serviço²⁹⁵. De qualquer forma, se porventura a empresa tempestivamente descobrir sobre o falecimento e indisponibilizar o acesso alegando que está seguindo os termos avençados com o *de cuius*, ter-se-á o litígio mencionado no parágrafo anterior.

Em análise do PL 4.847/2012, arquivado, nota-se que o mesmo adentra em detalhes de implementação técnica mais profundos que o primeira proposta citada, o que pode trazer consequências questionáveis num futuro próximo. A menção a “senhas”, “redes sociais”, “memorial” entre outros termos pode mostrar descompasso diante da inovação tecnológica constante, fugindo do esmero que se espera de uma boa redação legislativa. A incorporação de tais termos é preocupante, pois estes podem ser superados antes da esperada longevidade do diploma civil e fomentar ainda mais litígio em vez de abrandar a judicialização. Em segundo momento, o estabelecimento de procedimentos a serem adotados (vide o art. 1.797-C proposto) também pode ser superado pela inovação tecnológica, sem falar da imprecisão de termos como “amigos confirmados” e “conteúdo principal”, o que claramente destoia que qualquer iniciativa legislativa séria. Dos males, o menor, e o arquivamento dessa proposição é bem-vindo na visão do autor da presente Monografia.

Como possível crítica final aos projetos de lei propostos, não há menção à sucessão testamentária, esta sim de conteúdo claro e inequívoco, pois permitiria a elaboração de um “inventário digital”, um rol taxativo, sobre o qual poderia haver então um consenso pela incorporação dos bens digitais pelos beneficiários. Quanto à sucessão legítima, objeto das proposições legislativas discutidas, tem-se importante ressalva, pois a vontade do *de cuius* não fora expressa em um documento legal. Novamente, isso pode não ser considerado de toda maneira, dado que os bens digitais em tese não seriam mais sensíveis ou privados que outros, e estariam sendo elevados à uma categoria de maior importância. Por outro lado, se o *de cuius* não deixou nada por escrito - e alegadamente devido à ausência de legislação quanto a esses bens digitais - estes seguem o mesmo destino previsto

²⁹⁵ Caso já citado quanto ao *Facebook*, vide Capítulo 3.2.

por muitos sítios em seus termos contratuais de condição de uso, em que redundam na sua eliminação. Não exigiriam tais bens tratamento diferenciado?

Finda a análise que se propunha das proposições legislativas, cabe aprofundar um pouco mais no aspecto da privacidade.

4.5 A PRIVACIDADE *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

Como o possível e regulamentado acesso concedido às informações pessoais do *de cuius* vem à tona a problemática disso atingir ou não a privacidade e intimidade do ser humano, mesmo que esse não esteja em vida. O término da personalidade jurídica da pessoa natural dá-se com a morte²⁹⁶, assim, em tese, com o fim da personalidade jurídica, finda a proteção quanto aos direitos da personalidade.

Note, entretanto, que há casos²⁹⁷ envolvendo a proteção dos direitos da personalidade *post mortem* de pessoas famosas e há previsão excepcional no Código Civil^{298 299} para que alguns direitos da personalidade permaneçam tutelados,

²⁹⁶ Conforme dispõe os seguintes artigos do Código Civil, in verbis “Art. 6o A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.” e “Art. 7o Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência: [...]”.

²⁹⁷ Vide julgamento proferido no Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa segue in verbis “CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM E À HONRA DE PAI FALECIDO. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material. Primeiro recurso especial das autoras parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Segundo recurso especial das autoras não conhecido. Recurso da ré conhecido pelo dissídio, mas improvido. (STJ - REsp: 521697 RJ 2003/0053354-3, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 16/02/2006, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/03/2006 p. 276RDR vol. 38 p. 332RSTJ vol. 201 p. 449)”.

²⁹⁸ Conforme dispõe o artigo 12, parágrafo único do Código Civil in verbis “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.”.

²⁹⁹ Conforme dispõe o artigo 20 do Código Civil in verbis “Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser

como o direito ao nome, à intimidade, à imagem, à privacidade e à honra. Note que, tais medidas acautelatórias e/ou reparatórias não se encontra na seara do direito sucessório, pois não há transferência do direito à reparação, nem a ofensa ocorreu em vida do autor do herança. Nesses termos escreve Luiz Paulo de Vieira de Carvalho:

proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”. Ressalte-se aqui o importantíssimo julgamento da Adin 4815, Acórdão de 01/02/2016, cuja ementa segue in verbis “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 20 E 21 DA LEI N. 10.406/2002 (CÓDIGO CIVIL). PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA. REQUISITOS LEGAIS OBSERVADOS. MÉRITO: APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO AOS ARTS. 20 E 21 DO CÓDIGO CIVIL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO. 1. A Associação Nacional dos Editores de Livros - Anel congrega a classe dos editores, considerados, para fins estatutários, a pessoa natural ou jurídica à qual se atribui o direito de reprodução de obra literária, artística ou científica, podendo publicá-la e divulgá-la. A correlação entre o conteúdo da norma impugnada e os objetivos da Autora preenche o requisito de pertinência temática e a presença de seus associados em nove Estados da Federação comprova sua representação nacional, nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2. O objeto da presente ação restringe-se à interpretação dos arts. 20 e 21 do Código Civil relativas à divulgação de escritos, à transmissão da palavra, à produção, publicação, exposição ou utilização da imagem de pessoa biografada. 3. A Constituição do Brasil proíbe qualquer censura. O exercício do direito à liberdade de expressão não pode ser cerceada pelo Estado ou por particular. 4. O direito de informação, constitucionalmente garantido, contém a liberdade de informar, de se informar e de ser informado. O primeiro refere-se à formação da opinião pública, considerado cada qual dos cidadãos que pode receber livremente dados sobre assuntos de interesse da coletividade e sobre as pessoas cujas ações, público-estatais ou público-sociais, interferem em sua esfera do acervo do direito de saber, de aprender sobre temas relacionados a suas legítimas cogitações. 5. Biografia é história. A vida não se desenvolve apenas a partir da soleira da porta de casa. 6. Autorização prévia para biografia constitui censura prévia particular. O recolhimento de obras é censura judicial, a substituir a administrativa. O risco é próprio do viver. Erros corrigem-se segundo o direito, não se coartando liberdades conquistadas. A reparação de danos e o direito de resposta devem ser exercidos nos termos da lei. **7. A liberdade é constitucionalmente garantida, não se podendo anular por outra norma constitucional (inc. IV do art. 60), menos ainda por norma de hierarquia inferior (lei civil), ainda que sob o argumento de se estar a resguardar e proteger outro direito constitucionalmente assegurado, qual seja, o da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem.** 8. **Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias.** 9. **Ação direta julgada procedente para dar interpretação conforme à Constituição aos arts. 20 e 21 do Código Civil, sem redução de texto, para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo também desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas ou ausentes).**” (STJ - REsp: 521697 RJ 2003/0053354-3, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 16/02/2006, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20/03/2006 p. 276RDR vol. 38 p. 332RSTJ vol. 201 p. 449) **(grifo nosso)**

Incontroverso se tratar de permissões legais vinculadas a ofensas perpetradas após a morte da pessoa natural, relacionadas à sua imagem, honra, intimidade, recato, memória, nome, autoria, sepultura e cadáver, mesmo porque, embora a personalidade se extinga com a morte, a sua projeção se espraia para além dela e merece toda a proteção jurídica.³⁰⁰

Segundo Matt Borden³⁰¹, a herança digital aparece como uma intersecção de duas linhas concorrentes. Numa perspectiva, o *de cuius* é geralmente conhecido por não deter quaisquer direitos à privacidade. Por outro lado, as leis sobre propriedade encorajam o conceito que os descendentes devem ter o direito a controlar a disposição dos bens herdados, e no contexto da herança digital, isso implica no acesso a informações privadas e informações conexas. Esse aparente conflito pode ser controlado se uma gestão de acesso às contas do *de cuius* for efetivamente realizada.

A ideia de se impor algo nesses termos tem um único objetivo, entregar à família a legitimidade e os meios para proteger o *de cuius* contra a violação ou ameaça dos direitos inerentes à sua personalidade.

Entretanto, do aspecto da autorregulamentação, qualquer medida proposta para alterar as normas de privacidade ajustadas entre os usuários acabam sempre prejudicando a relação de confiança estabelecida com o prestador do serviço³⁰². Os usuários de redes sociais manifestam-se vigorosamente³⁰³ contra quaisquer alterações nos termos de uso que possam colocar em risco quem efetivamente pode acessar os perfis em caso de falecimento do titular. O argumento perde força, entretanto, quando a questão da sucessão toma corpo, afinal os provedores de serviço raramente detém interesse em questões de privacidade de entes falecidos. A preocupação dos provedores de aplicação normalmente se atém quanto ao

³⁰⁰ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de . **Direito das Sucessões**, 2ª edição. Atlas, 05/2015, p .43.

³⁰¹ BORDEN, Matt. **Covering Your Digital Assets: Why the Stored Communications Act Stands in the Way of Digital Inheritance**. 2014. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/01/9-Borden.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

³⁰² Conforme o caso de Alison Atkins, o *Facebook* judicialmente alegou a preocupação de que permitindo herdeiros terem acessos ao perfil do falecido poderia comprometer o conceito de autenticidade do serviço in (FOWLER, Geoffrey A., **Life and Death Online: Who Controls a Digital Legacy?** Wall Street Journal, 2013. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324677204578188220364231346>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

³⁰³ O Instagram mudou sua política de privacidade para permitir o uso de fotografias de seus usuários em anúncios comerciais, o que causou grande descontentamento na sua base de usuários in (POPKIN, Helen A.S., **Instagram Responds to Outrage, Tweaks Privacy Policy To Limit Photo Use in Ads**, NBC News, 2012. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/technology/instagramresponds-outrage-tweaks-privacy-policy-limit-photo-use-ads-1C7660196>. >. Acesso em: 15 fev. 2017.

*trolling*³⁰⁴ e quanto à responsabilização legal se algum acesso for concedido para alguém que não o deveria tê-lo, normalmente alguém fora do rol sucessório. Nestes casos, é compreensível as exigências de alguns serviços da *Internet* para efetivamente assegurar a devida concessão de acesso ou limitar esse acesso à informações básicas. Em casos extremos, pra evitar qualquer responsabilização futura, estas respondem somente sob ordem judicial, como nos casos descritos em capítulo prévio³⁰⁵.

4.6 O DIREITO COMPARADO

O problema da herança digital é um fato verificável mundialmente, a partir de alguns exemplos que foram descritos no capítulo 3.2 (Casos Reais). Com isso, faz sentido uma análise de iniciativas em curso que tratem dessa questão. A concessão de direitos de propriedade aos bens digitais e sua incorporação ao espólio do *de cuius* é foco da produção normativa de outros estados.

4.6.1 EUROPA

O ponto de interesse no continente europeu reside no chamado “direito comunitário”³⁰⁶ no âmbito da União Europeia (UE), onde iniciativas para a uniformização dos procedimentos sucessórios entre os países membros demanda um grupo de estudos da Comissão Europeia³⁰⁷ (CE), cujo foco de atividade é lidar

³⁰⁴ Prática de postagem de mensagens perturbadores na Internet, em ordem de ganhar atenção ou causar tumulto, geralmente utilizando perfis de acesso falsos ou inativos, in SCHWARTZ, Mattathias. **Inside the World of Online Trolls, Who Use the Internet To Harass, Humiliate and Torment Strangers:** Malwebolence, New York Times Magazine, 2008. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/08/03/magazine/03trolls-t.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

³⁰⁵ Capítulo 3.2 Casos Reais.

³⁰⁶ Segundo Sérgio Mourão Corrêa Lima, in verbis “o Direito de Integração é o ramo do Direito voltado para o estudo dos processos de integração. Dentre estes encontra-se aquele em curso no continente europeu. Entretanto, o Direito de Integração europeu tem sido designado por Direito Comunitário, uma vez que, desde 1993, os europeus já vêm vivenciando efetivamente uma comunidade. Dessa forma o Direito Comunitário nada mais é que o “direito de integração em nível comunitário”, ou seja, no âmbito de integração econômica” in Lima, Sérgio Mourão Corrêa. **Tratados internacionais no Brasil e integração.** - São Paulo: LTr, 1998, p. 100.

³⁰⁷ A Comissão é independente dos governos nacionais. Tem por missão representar e defender os interesses da União Europeia no seu todo. Elabora novas propostas de legislação europeia, que apresenta ao Parlamento Europeu e ao Conselho. É também o braço executivo da UE, o que quer dizer que é responsável pela execução das decisões do Parlamento e do Conselho. Isto significa que a Comissão assegura a gestão corrente da União Europeia: aplicar as políticas, executar os programas e utilizar os fundos. Tal como o Parlamento e o Conselho, a Comissão Europeia foi criada

com as complexidades inerentes das leis de sucessão de cada integrante do bloco. Segundo a comissão, cerca de 450 mil sucessões entre países membros ocorrem todo ano, com um valor estimado de bens ultrapassando 120 bilhões de euros.³⁰⁸ Uma das medidas para facilitar, acelerar e desonerar³⁰⁹ as sucessões dentro das fronteiras da EU foi a adoção, em julho de 2012 de regras que visam facilitar os aspectos jurídicos de uma sucessão internacional, aplicável para os falecimentos ocorridos a partir de 17 de Agosto de 2015. A Dinamarca, Irlanda e o Reino Unido não participam dessa regulação e, portanto, os procedimentos sucessórios levados a cabo pelas autoridades destes três países membros da UE – desconsiderando ainda o *Brexit*³¹⁰ – continuarão a ser guiados por leis nacionais, o que pode trazer desafios quanto à execução de testamentos que arrole bens dos nacionais desses países em membros da comunidade europeia que adotaram a nova regulamentação³¹¹.

Essa uniformização está disposta no Regulamento n. 650/2012³¹² do Parlamento Europeu³¹³ e do Conselho³¹⁴, e rege a lei aplicável e o reconhecimento e execução de decisões no âmbito sucessório, e ainda a aceitação e obediência à

nos anos cinquenta ao abrigo dos Tratados constitutivos. Refira-se ao sítio https://ec.europa.eu/info/index_pt para mais informações.

³⁰⁸ EUROPEAN COMMISSION. **Successions and wills: new EU rules to ease cross-border successions.** 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/successions/index_en.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

³⁰⁹ Para mais detalhes sobre as mudanças advindas dessa uniformização, refira-se ao folheto explicativo disponível no sítio http://ec.europa.eu/justice/civil/files/dgjust_succession_leaflet_en.pdf.

³¹⁰ Junção das palavras inglesas “Britain” e “exit” significando a saída do Reino Unido da União Europeia com base em referendo realizado em 23 de junho de 2016, para mais informações refira-se a HUNT, Alex; WHEELER, Brian. **Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU.** 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³¹¹ SMITH, Chloe. **New EU inheritance law should prompt wills reviews, say experts.** 2015. Disponível em: <<https://www.lawgazette.co.uk/law/new-eu-inheritance-law-should-prompt-wills-reviews-say-experts/5050595.article>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³¹² THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) n. 650/2012 of the European Parliament and of the Council.** 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:EN:PDF>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³¹³ O Parlamento Europeu é o único órgão da União Europeia que resulta de eleições diretas. Os 751 deputados que nele têm assento são representantes dos cidadãos, escolhidos de cinco em cinco anos pelos eleitores dos 28 Estados-Membros da União Europeia, em nome dos seus 500 milhões de cidadãos. Sítio disponível em <http://www.europarl.europa.eu/portal/pt>.

³¹⁴ O “Conselho” é constituído de fato duas estruturas. O Conselho Europeu (CE) é composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-Membros da UE, bem como pelo seu Presidente e pelo Presidente da Comissão Europeia. O Conselho Europeu define as orientações e prioridades políticas gerais da UE. O Conselho da UE representa os governos dos Estados-Membros, onde os ministros de cada um dos países da UE se reúnem para adotar legislação e coordenar políticas. Sítio disponível em <http://www.consilium.europa.eu/pt/home/>.

instrumentos autênticos³¹⁵ ³¹⁶ de cunho testamentário, além da criação de um “Certificado de Sucessão Europeu”³¹⁷ que almeja: i) o tratamento coerente da sucessão, sendo aplicada somente uma lei por um único juízo; ii) o direito de escolha dos cidadãos quanto à lei sucessória aplicável – se a da sua nacionalidade ou de seu último local de residência; iii) mecanismos para evitar procedimentos paralelos e decisões judiciais conflitantes; iv) garantia do reconhecimento e cumprimento das decisões proferidas pelo sistema judicial de um país-membro por outro. Ressalte-se, entretanto que nenhuma norma sucessória substantiva dos países-membros é derogada, e continuam no âmbito de cada nação dispor sobre: i) quem deve herdar o quê e quanto, em específico quanto à esposa e filhos; ii) leis de propriedade e familiares; iii) questões tributárias relacionadas aos bens arrolados. Por fim, é importante ressaltar que o Regulamento n. 650/2012, tampouco o Regulamento de Execução da Comissão Europeia n. 1329/2014 consideram os bens digitais.³¹⁸

Nessa esteira, Paweł Szulewski³¹⁹ reconhece que a Internet se tornou parte do dia-a-dia, especialmente daqueles que já nasceram sob esse novo mundo digital, quando seres humanos chegam a utilizar uma tela sensível ao toque antes mesmo de folhear um livro e despendem boa parte de sua vida utilizando, compartilhando e deixando mais e mais informações e bens digitais na *Internet*. O problema é que não existem regras claras ou qualquer sistematização ou unificação legal no âmbito da

³¹⁵ FITCHEN, Jonathan. **Inheritance law and the European Union: the impact of ‘authentic instruments’**. 2016. Disponível em: <<https://aberdeenunilaw.wordpress.com/2016/06/09/inheritance-law-and-the-european-union-the-impact-of-authentic-instruments/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³¹⁶ Para mais informações sobre a circulação e efeito de instrumentos sucessórios autênticos na UE, refira-se a DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS. European Parliament. **The evidentiary effects of authentic acts in the Member States of the European Union**, in the context of successions. 2016. Disponível em: <<https://aberdeenunilaw.files.wordpress.com/2016/06/the-evidentiary-effects-of-authentic-acts.pdf>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³¹⁷ Em 9 de dezembro de 2014 a Comissão publicou um Regulamento de Execução que estabelece o Certificado Europeu de Sucessão, além de outros instrumentos efetivos a partir de 17 de agosto de 2015, para, in verbis “enable heirs, legatees, executors of wills and administrators of the estate to prove their status and exercise their rights or powers in other EU countries. Once issued, the ECS will be recognised in all EU countries without any special procedure being required.” in EUROPEAN COMMISSION. **Commission Implementing Regulation (EU) n. 1329/2014**. 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.359.01.0030.01.ENG>. Acesso em: 26 mar. 2017.

³¹⁸ Para uma visão geral das mudanças sobre a sucessão na União Europeia, refira-se a AUTAR, Sieta. **European regulation will change international inheritance law**. 2014. Disponível em: <<http://www.legalexpatdesk.nl/articles/european-regulation-will-change-international-inheritance-law/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³¹⁹ SZULEWSKI, Paweł, op. cit., loc. cit.

UE, apesar da aplicação de leis nacionais que tentam aplicar princípios gerais do direito privado aos bens digitais. Ele opina que a UE deveria preparar um quadro regulamentar mínimo, contendo parâmetros e princípios básicos quanto à transmissibilidade de bens digitais, considerado isso com um passo importante para a unificação dos diplomas sucessórios europeus^{320 321}.

Já existem disposições suficientes do que são bens digitais, como a definição de “Digitaler Nachlass” pela ordem dos advogados da Alemanha, a definição de “digital assets” no *Fiduciary Access to Digital Assets Act* dos Estados Unidos e a definição de “conteúdo digital” na Diretiva de Direitos do Consumidor 2011/83/EU. O que falta, portanto, é partir desses conceitos e trazer a questão da herança digital sob o manto do direito comunitário.

Adentrando nas leis nacionais, pode-se notar algum esforço regulatório no âmbito dos serviços notariais europeus, com é o caso da Itália, onde o *Consiglio Nazionale del Notariato*³²², delineou em 2007 procedimentos extrajudiciais³²³ para a transferência de credenciais de acesso do de cujus ao executor testamentário, obviamente ignorando possíveis violações de termos de uso de serviço. Assim muitas dúvidas persistem quando à herança digital em solo italiano³²⁴.

No caso da Suíça, não participante da comunidade europeia, seu código civil³²⁵ permite que tão logo venha a conhecimento do executor testamentário a existência de bens digitais com valor pecuniário, os herdeiros terão conhecimento disso e estarão autorizados por lei a terem título legítimo desses bens, protegendo a

³²⁰ Para maior uma visão ampla herança digital na UE refira-se ao artigo “Transferability of Digital Assets in Case of Death” disponível no sítio <http://jusletter-it.weblaw.ch/issues/2015/IRIS.html>,

³²¹ Para uma visão da herança digital frente aos termos de uso de serviço na UE refira-se ao artigo “A Contractual Perspective on Succession of Digital Assets” disponível no sítio <http://jusletter-it.weblaw.ch/issues/2015/24-September-2015.html>.

³²² Em tradução livre o “Conselho Nacional dos Notários” da Itália é o órgão de representação política da categoria naquele país. Sítio disponível em <http://www.notariato.it/it/il-consiglio-nazionale-del-notariato>.

³²³ CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO. **Password, credenziali e successione mortis causa.** 2007. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20140414002255/http://home.datacomm.ch/ugobechini/password_morto.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³²⁴ Decálogo de orientações publicado em sítio de prática jurídica italiano que tenta dar alguma luz sobre o tema disponível em http://www.diritto24.ilsole24ore.com/content/dam/law24/avvoca_affari/Ereditx_Digitale.pdf.

³²⁵ O direito sucessório está regulado no código civil suíço nos artigos 457 a 640, refira-se a THE FEDERAL ASSEMBLY OF THE SWISS CONFEDERATION. **Swiss Civil Code.** 1907. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

fração legal de cada um³²⁶. Segundo Tenzin Dahortsang o espólio completo, incluído nesse amplo entendimento os bens digitais, é passado automaticamente aos herdeiros legais com todos os direitos e responsabilidades, mesmo não havendo manifestação de última vontade, o que também acomoda a incapacidade mental³²⁷. Assim, o tratamento previsto no código civil suíço é muito similar ao brasileiro em seu art. 1.788, acolhendo uma visão ampla da herança (universalidade de direito).

Independentemente dessa interpretação, o Conselho Federal³²⁸ suíço foi incumbido em 23 de setembro de 2014 pelo Conselho Nacional da Suíça³²⁹ - através da proposta n. 14.3782³³⁰ do membro do parlamento Jean Christophe Schwaab³³¹ - a examinar se as normas sucessórias suíças estão conformes para lidar com bens digitais. Em 11 de novembro do mesmo ano, o Conselho Federal acolheu a proposta, remetendo ao Departamento Federal de Justiça e Polícia, responsável pela elaboração de projetos de lei no âmbito da Confederação Suíça. Em 21 de dezembro de 2016 o órgão publicou um relatório apontando as necessárias revisões das leis de proteção de dados e de direito sucessório³³².

Em resumo, aparenta que a questão da herança digital na Europa ainda carece de mais discussão quanto a uma possível uniformização, tendo maior foco atualmente a simplificação de procedimentos sucessórios ordinários entre países-membros quanto à herança digital. Mas percebemos o caso da Suíça e sua iniciativa

³²⁶ Artigos importantes: 517, 518, 560 A 2, 480 A 2, 474 A 1 e 626 A.

³²⁷ DAHORTSANG, Tenzin. **What about your digital assets when you die or become Incapacitated?** 2016. Disponível em: <http://blog.froriep.com/hubfs/CONTENT/DOWNLOADS/DOCUMENTS/Private_Clients/Downlodad_what_about_digital_assets_when_you_die_TDA.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³²⁸ O Conselho Federal é a entidade formada por sete ministros que exerce a chefia de estado da Suíça. Os ministros do Conselho Federal são eleitos pela Assembleia Federal, órgão representativo bicameral, com um mandato de quatro anos. No entanto, não há limite para reeleições, e a demissão de um deles, durante a legislatura, é relativamente rara. O Conselho Federal é o mais importante órgão do governo federal suíço. O país não possui chefe de governo. Mais informações disponíveis no sítio <https://www.admin.ch/gov/en/start/federal-council.html>.

³²⁹ O Conselho Nacional da Suíça é a câmara baixa com 200 cadeiras parlamentares da Assembleia Federal. A repartição dos assentos é feita de acordo com a população dos 26 cantões.

³³⁰ Para acompanhamento do trâmite inicial da proposição legislativa, refira-se ao sítio <https://www.parlament.ch/it/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20143782>.

³³¹ Afiliado ao Partido Socialista Suíço e membro da 49ª (2011-2014) e 50ª legislatura (2015-2019) do Conselho Nacional da Suíça. Perfil disponível no sítio <https://www.parlament.ch/en/biografie?CouncillorId=4115>.

³³² SETTORE PROGETTI E METODOLOGIA LEGISLATIVI. Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia Dfgp. **Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto di legge federale relativo alla revisione totale della legge sulla protezione dei dati e alla modifica di altri atti normativi sulla protezione dei dati.** 2016. Disponível em: <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-i.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

local, com sua atividade voltada a validar o tema da herança digital frente seu respectivo e amplo código civil e às leis de proteção de dados pessoais, e o caso da Itália, com o estabelecimento de procedimentos extrajudiciais de cunho notarial visando simplificar minimamente a questão.

4.6.2 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Nos Estados Unidos da América (EUA), além da dinâmica agressiva sob a qual a inovação tecnológica age sobre o direito, a peculiaridade federativa surge como primeiro desafio. Segundo Tyler G. Tarney, as leis estaduais, como as leis federais vigentes naquele país, até recentemente não consideravam a herança digital de forma apropriada³³³. Ainda, os primeiros diplomas variavam muito sobre quais bens digitais estão sujeitos à norma e quais pessoas estão habilitadas à sucessão. Nesse sentido, desde 2011 uma comissão de uniformização legislativa tem defendido o estudo e adoção de leis uniformes^{334 335} para a herança digital, a serem ratificadas em cada unidade federativa, para todos os seus nacionais. Apesar da boa intenção, em rápida análise, a criação de uma lei uniforme não afasta a interferência do governo federal nesse campo, pois apesar de vir a modernizar a administração do espólio, ainda estaria em conflito com a *Stored Communications Act*³³⁶, (SCA) exceto se esta for emendada.

³³³ TARNEY, Tyler G., **A Call for Legislation To Permit the Transfer of Digital Assets at Death**, 40 CAP. U. L. REV. 773, 2012, p. 788–89).

³³⁴ UNIFORM LAW COMMISSION. **Annual meeting of the committee on scope and program**. 2011. Disponível em: <<http://www.uniformlaws.org/Shared/Minutes/scope070811mn.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

³³⁵ No relatório final do grupo de estudo, página 9, in verbis “Commissioner Hennig reported on this proposal to draft legislation on the subject of fiduciary powers and authority to gain access to online accounts and digital property during incapacity and after death. There is considerable uncertainty concerning how to access such property when incapacity or death occurs. When an individual dies or becomes incapacitated, fiduciaries need to find, access, value, protect, and transfer the individual’s valuable or significant property. Fiduciaries need clear powers to act on behalf of the individual in the digital world. Four states have already enacted laws to address the issue: Connecticut, Rhode Island, Oklahoma, and Idaho. All of these statutes are limited to personal representatives, and do not include guardians or persons with powers of attorney. A uniform law would provide clear rules and guidance for both fiduciaries and online providers. After discussion, the Committee on Scope and Program recommended that a study committee be appointed. The Committee on Scope and Program approved the following resolution: RESOLVED, that the Committee on Scope and Program recommends to the Executive Committee that a Study Committee on Fiduciary Powers and Authority to Access Digital Property be formed, and further recommends that the study committee be asked to seek the input of the JEB on Uniform Trust and Estate Acts.”

³³⁶ *Stored Communications Act*, 18 U.S.C. §§ 2701–2712, disponível no sítio <http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part1/chapter121&edition=prelim> .

Em tradução livre, SCA, a “Lei de Comunicações Armazenadas” ou “lei de interceptação”, é uma seção da *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA)³³⁷, que originalmente regulou a interceptação de comunicações eletrônicas por agências governamentais estadunidenses e tem encorajado, além de sua intenção inicial, provedores de serviços e aplicações na *Internet* a adotarem regras muito estritas a respeito de quem pode acessar os perfis e conteúdo digital de um falecido. Segundo Matt Borden, apesar da SCA ter sido originalmente proposta para inibir a interceptação ilegal de informações, agora ela se impõe como uma barreira à herança digital, um propósito obviamente fora do seu escopo inicial e que conflita com as abordagens tradicionais de sucessão³³⁸.

A influência da lei de interceptação é visível nos termos de uso de serviço que são oferecidos em plataformas como o *Yahoo*, onde no caso de Justin Ellsworth³³⁹, mesmo após sua família ter demandado judicialmente o conteúdo de seu perfil, acabou por receber um disco compacto apenas com os *e-mails* que ele havia recebido, e nenhuma mensagem que ele teria rascunhado ou enviado³⁴⁰. A lei de interceptação acaba, portanto, restringindo a preservação do espólio e inibindo a sua correta e ordeira administração, seja para resolver pendências do cotidiano, celebrar as memórias do falecido ou até transmitir bens digitais que possuam valor econômico. Essa restrição vem do fato que implicações cíveis e penais constam da lei de interceptação, e são aplicáveis a qualquer um que venha a violá-la³⁴¹, inclusive com multas e penas de até 10 anos em prisão³⁴².

Exceções existem à lei de interceptação, seja pelo consentimento prévio expresso do titular da conta³⁴³, seja por ordem judicial³⁴⁴, o que acaba então afastando a responsabilidade civil e criminal mesmo nos casos que não houve consentimento. Entretanto, essas exceções ainda frustram a herança digital nos

³³⁷ *Electronic Communications Privacy Act*, publicada em 1986, e codificada como emendas espalhadas em seções dos títulos 18, 47 e 50 do USC, que tratam de procedimentos de busca e apreensão por autoridades federais e do acesso governamental em computadores da administração pública.

³³⁸ BORDEN, Matt, op. cit, p. 408.

³³⁹ Citado no capítulo 3.2 (Casos Reais).

³⁴⁰ SANCYA, Paul. **Yahoo will give family slain Marine's e-mail account**. 2005. Disponível em: <http://usatoday30.usatoday.com/tech/news/2005-04-21-marine-e-mail_x.htm?POE=TECISVA>. Acesso em: 22 mar. 2017.

³⁴¹ Vide o Título 18 do U.S.C. §§ 2701, 2703, 2707.

³⁴² Vide o Título 18 do U.S.C. § 2701(b).

³⁴³ Vide o Título 18 do U.S.C. § 2702(b)(3).

³⁴⁴ Vide o Título 18 do U.S.C. § 2703(c)(1)(B).

EUA, pois comumente os provedores de aplicações e serviços da *Internet* acabam por serem muito cautelosos e adotam políticas que impedem ninguém além do próprio titular da conta ou perfil a acessá-lo³⁴⁵.

Cerca de vinte e cinco estados dos EUA possuem leis que provêm especificamente algum acesso ao espólio digital³⁴⁶, afastando de uma forma ou outra os termos de uso de serviço dispostos pelos serviços *online*. Entretanto vários outros estados estão analisando projetos que poderão permitir que os sucessores tenham esse direito. O conteúdo dessas leis é diverso, contudo, com algumas leis transmitindo somente certos tipos de contas ou perfis para somente certas pessoas³⁴⁷.

Em 2011, a falta de uniformidade foi alvo de discussão³⁴⁸ na *Uniform Law Commission*³⁴⁹ (ULC), que acabou redigindo uma proposta³⁵⁰, aprovada em 2014³⁵¹ e

³⁴⁵ Ao descrever a confusão em torno do seu papel na mídia social, Mark Howitson, Vice-Conselheiro Geral do *Facebook*, expressou a esperança de que os tribunais poderiam esclarecer a situação, dizendo que está “ansioso para essa luta” e à espera de um caso que venha a ser apreciado por um juiz federal para definir exatamente qual conteúdo no *Facebook* é protegido de um modo que seja claro para todos, refira-se a HOWITSON, Mark. **Deputy Gen. Counsel, Facebook, Keynote Address at LegalTech New York 2010: Facebook: Perspectives on Corporate eDiscovery and Social Media.** 2010. Disponível em: <http://www.legaltechshow.com/r5/contest.asp?sweeps_code=ltny2010>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³⁴⁶ Para um quadro atualizado do trâmite dos projetos e vigência das leis de herança digital estadunidenses, consultar **State-by-state Digital Estate Planning Laws.** 2017. Disponível em: <<https://www.everplans.com/articles/state-by-state-digital-estate-planning-laws>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³⁴⁷ LAMM, Jim. **August 2013 List of State Laws and Proposals Regarding Fiduciary Access to Digital Property During Incapacity or After Death.** 2013. Disponível em: <<http://www.digitalpassing.com/2013/08/30/august-2013-list-state-laws-proposals-fiduciary-access-digital-property-incapacity-death/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

³⁴⁸ Para o histórico da discussão no âmbito da ULC, as propostas elaboradas (*drafts*) e os membros atuais do comitê de bens digitais, refira-se a UNIFORM LAW COMMISSION. **Committees Fiduciary Access to Digital Assets.** 2015. Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/Committee.aspx?title=Fiduciary Access to Digital Assets](http://www.uniformlaws.org/Committee.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³⁴⁹ A ULC é uma organização sem fins lucrativos, fundada em 1892 e sediada em Chicago, Illinois com o objetivo de fornecer aos estados dos EUA e suas respectivas jurisdições projetos de lei pesquisados e elaborados para trazer clareza e estabilidade jurídica para temas críticos dentre os entes federados. A ULC promove a promulgação de atos uniformes em áreas do direito onde a uniformidade é desejável e prática. É constituída por cerca de 350 comissários apontados por cada estado dos EUA, incluindo o Distrito de Columbia, Porto Rico e as Ilhas Virgens dos Estados Unidos. Todos os seus membros devem ser advogados, que podem também estar a serviço como legisladores, juízes e juristas. Cada comissário é nomeado pelo governo do seu estado ou território respectivo. Cada jurisdição determina o método de nomeação e seu número de comissários. Na maioria dos estados, o governador nomeia comissários para servir a um termo especificado. Os comissários da ULC são voluntários que não recebem salários ou outras compensações para esse serviço. A ULC é mais conhecida por seu trabalho sobre o marco do Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code - UCC*), elaborado em conjunto com o *American Law Institute*. Para mais informações refira-se a UNIFORM LAW COMMISSION. **About the ULC.** 2017. Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=About the ULC](http://www.uniformlaws.org/Narrative.aspx?title=About%20the%20ULC)>. Acesso em: 23 mar. 2017.

que guia cada ente federativo a propor sua própria lei de herança digital uniforme. Nesse sentido, vários Estados americanos agora tramitam em suas respectivas casas de representantes novas propostas de legislação sobre o tema, agora sob a visão uniformizada. Até o momento, apenas quatro estados possuem uma lei de herança digital já vigente construída sobre as premissas da lei uniformizadora.³⁵²

Uma das leis que primeiro aderiu ao texto base da comissão de uniformização foi a do estado de Delaware^{353 354 355}, conhecida como *Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act* (FADAA) – nome comum a todas as leis que seguem o texto base da comissão de uniformização – e foi considerada na época de sua publicação a lei mais abrangente e em sintonia com o direito de propriedade do indivíduo, dando ao titular de uma conta o poder de decidir o que acontecerá com seus bens digitais e concedendo ao testamenteiro, investido em fidúcia³⁵⁶, a autoridade legal de tomar posse de qualquer bem digital.³⁵⁷ O diploma de Delaware

³⁵⁰ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. **Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (Draft for Approval)**. 2015. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2014am_ufadaa_draft.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

³⁵¹ Chamada de *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (UFADAA), seu texto original foi aprovado em 16 de julho de 2014. ROBINSON, Katie. **Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act Approved**. 2014. Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/NewsDetail.aspx?title=Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act Approved](http://www.uniformlaws.org/NewsDetail.aspx?title=Uniform%20Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets%20Act%20Approved)>. Acesso em: 24 mar. 2017.

³⁵² Para acompanhamento do progresso da adoção da UFADAA nos EUA, refira-se a UNIFORM LAW COMMISSION. **Committees Fiduciary Access to Digital Assets**. 2015. Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/Committee.aspx?title=Fiduciary Access to Digital Assets](http://www.uniformlaws.org/Committee.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³⁵³ Identificada como *House Bill 345*, ou seja, proposta da câmara baixa, como ato que emenda o Título 12 do Código de Delaware, relativo ao acesso Fiduciário a Bens e Contas Digitais.

³⁵⁴ Para acesso à lei de herança digital de Delaware, incluindo breve histórico de tramitação e seu interior teor, sítio disponível em <http://www.legis.delaware.gov/BillDetail?legislationId=23219>.

³⁵⁵ Curiosamente, o estado de Delaware não consta na listagem de leis estaduais guiadas pela norma modelo da ULC, seja em trâmite ou vigente. Explica-se por ter sido lei promulgada ainda em 2014, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2015, antes mesmo da publicação de uma versão revisada da lei uniformizada em 15 de julho de 2015 (e seis meses após da primeira versão de 2014), e por esta última ter sofrido alterações substanciais nesse interim. As mudanças entre a norma modelo original (2014) e a revisada (2015) acabaram jogando na obsolescência a lei de herança digital de Delaware e tornando inclusive superados alguns artigos sobre o assunto, exigindo cuidado no estudo do direito comparado, como se pôde constatar em CAPEL, Elizabeth Holland, **Conflict and Solution in Delaware's Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act**, Berkeley Technology Law Journal, vol. 30, 2015.

³⁵⁶ O tema da fidúcia será detalhado no parágrafo apropriado, segue a definição da lei de Delaware, in verbis “**“Fiduciary”** includes a **personal representative appointed by the Register of Wills**, a guardian appointed pursuant to Chapter 39 of this title, an agent under a durable personal power of attorney pursuant to Chapter 49A of this title, a trustee, or an adviser pursuant to § 3313 of this title.”. **(grifo nosso)**

³⁵⁷ Quanto aos poderes do fiduciário, in verbis “§ 5004. Control of digital accounts and digital assets by a fiduciary. (a) Except as otherwise provided by a governing instrument or court order, **a fiduciary may exercise control over any and all rights in digital assets and digital accounts of an account holder**, to the extent permitted under applicable state or federal law, including copyright law, or

expressamente define os termos “bem digital”³⁵⁸ e “conta digital”³⁵⁹. A lei causou polêmica³⁶⁰, e sua aplicação é restrita somente àqueles que deixarem um testamento registrado no estado, mas serve de exemplo como a primeira legislação em solo estadunidense a incorporar a norma modelo da UFADAA.

Contudo, ainda que uma lei uniforme venha a contribuir com o problema da herança digital nos EUA com a gradual adoção de um sistema claramente definido para todo seu território, sua efetividade requereria a reforma da SCA, pois sob sua égide, os provedores de serviços de *Internet* ainda impõem sérias limitações de uso e acesso ao titular das contas³⁶¹. O problema óbvio é obter o consentimento legítimo de um titular de um bem ou conta digital – ou então recorrer à justiça.

Entretanto, existe uma peculiaridade jurídica que demonstra a inteligência do comitê de uniformização ao redigir a norma modelo, apontada por William Bissett e

regulations or any end user license agreement. (b) **If a provision in an end user license agreement limits a fiduciary’s access to or control over a digital asset or digital account of an account holder, the provision is void** as against the strong public policy of this state, unless the account holder has agreed to the provision by an affirmative act separate from the account holder’s assent to other provisions of the end user license agreement. (c) **A choice-of-law provision in an end user license agreement is unenforceable against a fiduciary action** under this chapter to the extent the provision designates law that enforces or would enforce a limitation on a fiduciary’s access to or control over digital assets or digital accounts that is void under subsection (b) of this section.”. **(grifo nosso)**

³⁵⁸ In verbis “**Digital asset**” means data, text, emails, documents, audio, video, images, sounds, social media content, social networking content, codes, health care records, health insurance records, computer source codes, computer programs, software, software licenses, databases, or the like, including the usernames and passwords, created, generated, sent, communicated, shared, received, or stored by electronic means on a digital device. “Digital asset” does not include an underlying asset or liability that is governed under other provisions of this title.” **(grifo nosso)**

³⁵⁹ In verbis “**Digital account**” means an electronic system for creating, generating, sending, sharing, communicating, receiving, storing, displaying, or processing information which provides access to a digital asset which currently exist or may exist as technology develops or such comparable items as technology develops, stored on any type of digital device, regardless of the ownership of the digital device upon which the digital asset is stored, including but not in any way limited to, email accounts, social network accounts, social media accounts, file sharing accounts, health insurance accounts, health care accounts, financial management accounts, domain registration accounts, domain name service accounts, web hosting accounts, tax preparation service accounts, online store accounts and affiliate programs thereto, and other online accounts which currently exist or may exist as technology develops or such comparable items as technology develops.” **(grifo nosso)**

³⁶⁰ FARIVAR, Cyrus. **Delaware becomes first state to give executors broad digital assets access**: Meet the "Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act.. 2014. Disponível em: <<https://arstechnica.com/tech-policy/2014/08/delaware-becomes-first-state-to-give-heirs-broad-digital-assets-access/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³⁶¹ Para mais informações sobre o conflito existente entre a SCA e bens digitais, refira-se a HORTON, David. **The Stored Communications Act and Digital Assets**. 2014. Vanderbilt Law Review, Vol. 67, 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2450480>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

David Kauffman³⁶² - a cessão de poderes de fidúcia^{363 364 365 366}. Como poucos cidadãos redigem testamento concedendo tal prévio poder – e aqueles que já o fizeram raramente consideraram seus bens digitais – a norma modelo estabelece que um fiduciário pode ser o testamenteiro, e este tem o direito legal de assumir a posição do titular falecido de determinada conta digital, um direito já amplamente reconhecido quando fiduciários administram bens não-digitais, sejam móveis ou imóveis. Assim, como o fiduciário acaba tendo a mesma autoridade do titular dos bens digitais, ele é investido nesses mesmos termos pelo titular falecido como as leis federais³⁶⁷ exigem. Ainda, o comitê inteligentemente afastou quaisquer possíveis violações de termos de uso de serviço aceitas pelo *de cuius* quanto ao acesso não

³⁶² BISSETT, William; KAUFFMAN, David. **Understanding Proposed Legislation for Digital Assets**. 2014. Disponível em: <<https://damienmccdl.com/tag/fiduciary-access-to-digital-assets/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³⁶³ De fato a fidúcia não se cede, é contratada. Segundo Caio Mario Pereira da Silva, o contrato de fidúcia é nascido das exigências do progresso econômico, a fim de cobrir lacuna das garantias creditícias. In verbis "Não nasceu, porém, a alienação fiduciária como uma criação original dos tempos modernos. O Direito Romano conheceu o contrato de fidúcia, em duas modalidades: fiducia cum amico e fiducia cum creditore, ambos referidos por Gaius (Institutiones, Commentarius Secundus, nº 60): "Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore, pignoris iure, aut cum amico quo totius nostrae res apud eum essent". Na fiducia cum creditore, o devedor transferia por venda bens seus ao credor, cum pacto de retro-emendo, constituindo este numa ressalva não ostensiva. Nesta fiducia cum creditore havia dois atos distintos: um de alienação (mancipatio ou in iure cessio) e outro (pactum fiduciae) que era a ressalva continente da faculdade de recompra. Com sua supressão no "Corpus Iuris Civilis" do século VI os Códigos do século XIX não inscreveram o contrato de fidúcia, que, desta sorte, era desconhecido em nosso direito. O Projeto de Código de Obrigações, por mim elaborado, incluía o contrato de fidúcia (art. 672) procurando introduzir em nosso direito o trust dos sistemas de Common Law. [...] Este novo contrato, criando "direito real de garantia", implica a transferência, pelo devedor ao credor, da propriedade e posse indireta do bem, mantida a posse direta com o alienante. É, portanto, um negócio jurídico de alienação, subordinado a uma condição resolutiva." In PEREIRA, Caio Mário Silva. **Instituições de Direito Civil - Vol. III - Contratos**, 20ª edição. Forense, 02/2016.

³⁶⁴ A Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965 (Lei do Mercado de Capitais), cogitou da "alienação fiduciária em garantia", desenvolvida pelo Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969 e completada pela Lei 10.931/2004.

³⁶⁵ Note que no âmbito do direito sucessório brasileiro, o testador pode instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário. O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel. Vide artigos 1.951 e seguintes do Código Civil.

³⁶⁶ Na concepção da ULC, o fiduciário afasta-se do contexto típico de beneficiário da garantia creditícia, para mais amplamente, in verbis "**A fiduciary is a person appointed to manage the property of another person, subject to strict duties to act in the other person's best interest.** Common types of fiduciaries include executors of a decedent's estate, trustees, conservators, and agents under a power of attorney. This act extends the traditional power of a fiduciary to manage tangible property to include management of a person's digital assets. The act allows fiduciaries to manage digital property like computer files, web domains, and virtual currency, but restricts a fiduciary's access to electronic communications such as email, text messages, and social media accounts unless the original user consented in a will, trust, power of attorney, or other record." (**grifo nosso**)

³⁶⁷ Além da SCA, a *Computer Fraud and Abuse Act* (CFAA) também trata do acesso não autorizado a dispositivos eletrônicos e suas informações armazenadas. Mais informações no sítio [https://ilt.eff.org/index.php/Computer_Fraud_and_Abuse_Act_\(CFAA\)](https://ilt.eff.org/index.php/Computer_Fraud_and_Abuse_Act_(CFAA)).

autorizado pelo fiduciário ou da impossibilidade de transferência da titularidade da conta digital e seu conteúdo³⁶⁸, superado isso, outras limitações impostas pelo termo de uso manteriam sua validade, regulando como o fiduciário deve se comportar no exercício do acesso da conta legada.

Sob a versão de 2014 da UFADAA o fiduciário também era investido na posição de “representante pessoal”, executor do testamento, e era considerado possuidor de legítimo³⁶⁹ consentimento do titular da conta, permitindo assim o custodiante a revelar todas as comunicações eletrônicas que seriam por outro lado proibidas segundo a SCA, incluído ali o conteúdo armazenado em qualquer dispositivo pessoal do falecido. Segundo Damien McCallig³⁷⁰, é importante notar que esse “legítimo consentimento” somente permitiria o custodiante revelar as informações, mas não torna essa ação mandatória. A norma modelo considerava o representante pessoal um “usuário autorizado” de forma a protegê-lo de possíveis sanções sob a SCA, CFAA³⁷¹ e leis estaduais similares.

A adoção tempestiva de leis derivadas da UFADAA, ainda em sua versão original, ajudaria em muito o planejamento do espólio no que concernem os bens digitais, mas invariavelmente alguns provedores de aplicação ou serviços sobre a *Internet* (custodiantes³⁷², na nomenclatura legal de Delaware) ou grupos pró-privacidade insistirão na obtenção de uma ordem judicial. Muito provavelmente a Suprema Corte dos EUA terá que validar tais leis estaduais frente à SCA, que é federal.

³⁶⁸ In verbis “Section 3(b) of the Act also says that fiduciary access, by itself, cannot be deemed to be a violation of a Terms of Service Agreement or unauthorized transfer of the account. Beyond that, the Terms of Service Agreement would govern the fiduciary’s exercise of the account holder’s rights.” in WALSH, Suzanne Brown; CAHN, Professor Naomi. **Fiduciary Access to Digital Assets, initial reading: Background/summary of the committee’s work.** 2013. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary_Access_to_Digital_Assets/2013AM_FADA_IssuesMemo.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2017.

³⁶⁹ Legítimo na acepção de “por força da lei”.

³⁷⁰ MCCALLIG, Damien. **US: Legislating for digital remains.** 2014. Disponível em: <<https://damienmccdl.wordpress.com/2014/03/21/us-legislating-for-digital-remains/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

³⁷¹ Refira-se à nota de rodapé 367.

³⁷² In verbis “**“Custodian”** means a person that electronically stores digital assets or digital accounts of an account holder or otherwise has control over digital assets or digital accounts of the account holder. “Custodian” includes an electronic communication service, as the term is defined by the Electronic Communications Privacy Act, 18 U.S.C. § 2510, and a remote computing service, as the term is defined by the Stored Communications Act, 18 U.S.C. § 2711.” **(grifo nosso)** in DELAWARE. **Title 12 - Decedents' Estates and Fiduciary Relations Fiduciary Relations: Chapter 50. Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts.** 2014. Disponível em: <<http://delcode.delaware.gov/title12/c050/index.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Derradeiramente, a adoção da UFADAA nos termos do *draft* de 2014 não foi suave. Segundo Jeffrey R. Gottlieb³⁷³, após 1 (um) ano da aprovação da norma padrão pela ULC em julho de 2014, a forte oposição de setores organizados forçou o comitê uniformizador a revisar sua legislação modelo. Empresas do setor de tecnologia³⁷⁴ e organizações de direitos civis^{375 376} alegaram que: i) haveria violação da privacidade do testador e de terceiros de formas até então inimaginadas; ii) que indevidamente anularia termos de uso de serviço previamente acordados, expondo empresas à possível responsabilização civil ou criminal; iii) colocaria em situação inadequada a gestão dos bens digitais, visto que em alguns tipos desses bens tem natureza bem distinta dos bens tradicionalmente colocados sob administração do testamenteiro; iv) que daria muito acesso ao administrador do espólio; v) que, como já exposto, criaria possíveis conflitos com a legislação federal existente. O ano de 2015 pareceria promissor³⁷⁷ na adoção das premissas dispostas na UFADAA, pois em 27 (vinte e sete) legislaturas estaduais, projetos derivados se encontravam em tramitação. Mas muitos projetos se perderam num labirinto de comissões deliberativas, algo possivelmente relacionado ao forte *lobby* contra a adoção da lei. Apesar da ampla participação de setores da sociedade na ULC, os perdedores não aceitaram bem o resultado e partiram para o enfrentamento dentro do processo legislativo.

As empresas de tecnologia propuseram em paralelo a *Privacy Expectation Afterlife and Choices Act* (PEAC)³⁷⁸, que apresentava uma abordagem

³⁷³ GOTTLIB, Jeffrey R.. **ULC Rewrites 'Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act'**. 2015. Disponível em: <<http://www.illinoisstateplan.com/ulc-rewrites-uniform-fiduciary-access-to-digital-assets-act/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

³⁷⁴ A NetChoice (sítio <http://netchoice.org/>) é uma associação comercial que promove a “conveniência, a escolha e o comércio na rede”. A associação possui uma página específica quanto às questões de sucessão digital, expondo sua opinião sobre o tema (sítio <http://netchoice.org/library/decedent-information/> - NetChoice's Privacy Afterlife page).

³⁷⁵ CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY. **Civil Liberty Organizations Respond to the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act**. 2015. Disponível em: <<https://cdt.org/insight/civil-liberty-organizations-respond-to-the-uniform-fiduciary-access-to-digital-assets-act/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

³⁷⁶ Carta de motivos assinado pelas associações *Center for Democracy & Technology*, *American Civil Liberties Union*, *Electronic Frontier Foundation (EFF)* e *Consumer Actions* disponível em <https://cdt.org/files/2015/01/Joint-Letter-re-ULC-Bill-general-statement-2-FINAL.pdf>.

³⁷⁷ Quanto às dificuldades encontradas para a aceitação da UFADAA em sua redação original, refira-se a THE WASHINGTON POLICY BRIEF. **States Struggle to Adopt Uniform Access to Digital Assets Act**. 2015. Disponível em: <<http://www.arma.org/r1/news/washington-policy-brief/2015/04/08/states-struggle-to-adopt-uniform-access-to-digital-assets-act>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

³⁷⁸ Texto modelo da PEAC disponível em <https://netchoice.org/library/privacy-expectation-afterlife-choices-act-peac/>.

fundamentalmente diferente da redação da UFADAA de 2014³⁷⁹. A UFADAA investia um administrador do espólio com a plena capacidade de acessar os bens digitais, ressalvada a objeção do testador. Já a PEAC adota a privacidade por padrão, cabendo o acesso aos bens digitais por um fiduciário somente quando autorizados expressamente em testamento pelo falecido. Além disso, ainda que autorizado, sob a PEAC o administrador somente terá acesso ao conteúdo conhecido como “fora do envelope”, ou seja, pode o fiduciário descobrir a ocorrência de uma mensagem eletrônica advinda do programa de milhagem de uma companhia aérea da qual o falecido era associado, sem, no entanto, poder acessar os dados referentes ao número da conta, saldo de pontos etc. A PEAC foi introduzida nas casas legislativas de três Estados (Califórnia, Oregon e Virginia), mas somente foi promulgada num formato modificado na Virginia³⁸⁰.

Em movimento de contra-ataque, a ULC considerou adotar mudanças para evitar a forte oposição³⁸¹ e entrando em contato com as legislaturas estaduais para defender sua norma modelo³⁸² ³⁸³. Na tentativa de evitar a derrota da norma uniforme, o comitê da ULC tentou atrair³⁸⁴ os opositores para a mesa de discussão a fim de revisar o UFADAA, o que acabou resultando no *Revised Fiduciary Access to*

³⁷⁹ Carta de defesa da PEAC, apontando suas premissas, procedimentos gerais e seus diferenciais em relação à UFADAA, disponível em <https://netchoice.org/wp-content/uploads/Privacy-Expectations-Afterlife-and-Choices-Act-2pager-FINAL.pdf>.

³⁸⁰ Texto legal disponível em <https://lis.virginia.gov/cgi-bin/legp604.exe?151+ful+SB1450ER>.

³⁸¹ MALITO, Alessandra. **Two groups battle it out to create uniform national rule for fiduciaries to access digital assets**: The Uniform Law Commission and NetChoice are working separately to try to make it easier to close up accounts and transfer funds after the owner dies. 2015. Disponível em: <<http://www.investmentnews.com/article/20150528/FREE/150529924/two-groups-battle-it-out-to-create-uniform-national-rule-for>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

³⁸² Parecer enviada pela ULC para senador do estado da Pensilvânia Stewart J. Greenleaf, presidente de comitê legislativo onde um projeto de lei (SB 518) baseado na UFADAA estava tramitando, fornecendo argumentos a favor do referido projeto e rebatendo outro parecer contrário já recebido, disponível em <http://www.senatorgreenleaf.com/wp-content/blogs.dir/39/files/2015/06/Uniform-Law-Commission-Written-Testimony.pdf>.

³⁸³ Ficha informativa sobre a versão revisada da UFADAA, com a finalidade de ganhar o apoio dos legisladores disponível em <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/Revised%202015/Revised%20UFADAA%20-%20Fact%20Sheet%20-%20June%202016%202016.pdf>.

³⁸⁴ Relatório elaborado por membros do comitê de propriedade digital da *American Bar Association*, descrevendo breve histórico da UFADAA, sua adoção legislativa, a disputa com a PEAC e as negociações em curso, in verbis “During the week of May 11, 2015, ULC and UFADAA representatives and several large electronic communications service providers met in Washington DC to negotiate a compromise to potentially “meet half-way” between UFADAA and the PEAC Act.”, in COVENTRY, Anne W.; PRANGLEY, Karin. **Status of the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act. Not enacted anywhere.** . . . yet. 2015. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/rpte_ereport/2015/3-May/practice_alert.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

*Digital Assets Act*³⁸⁵, datado de 15 de julho de 2015³⁸⁶, fato este que tornou a legislação inovadora de Delaware já fora de contexto³⁸⁷, assim como todos os outros projetos de leis estaduais em trâmite baseados na norma modelo UFADAA de 2014.

A nova versão³⁸⁸ da UFADAA foi organizada em outra estrutura e é uma reescrita completa em relação à norma modelo anterior³⁸⁹. Em especial: i) introduz o uso de uma ferramenta *online* granular para o acesso do fiduciário, definida como um serviço provido pelo custodiante e que é distinta e separada dos termos de uso de serviço - alguns exemplos seriam o “Gerenciador de Contas Inativas” do Google³⁹⁰ e o “contato herdeiro” no Facebook³⁹¹, permitindo o custodiante oferecer uma ferramenta e estabelecendo que as opções ali deixadas pelo testador se sobreponham inclusive a qualquer disposição testamentária, contratual ou outorgada por procuração; ii) a norma revisada traça uma clara distinção do catálogo de informações (os metadados, ou a informação “fora do envelope”) e o conteúdo subjacente, onde havendo o atendimento de determinadas condições, o catálogo pode ser disponibilizado ao fiduciário sem consentimento expresso prévio, enquanto que o conteúdo real (dado) será somente provido com consentimento prévio expresso e sujeito a inúmeras condicionantes; iii) o testamenteiro pode obter acesso a outros bens digitais, e em maior profundidade, mas deve peticionar ao juízo expondo a motivação do porquê aquele bem é necessário para o devido arrolamento e conclusão do procedimento de inventário, visando a arrecadação de todos os bens deixados; iv) a nova versão também estabelece procedimentos aos provedores de aplicação e serviços *online*, permitindo que o custodiante exija uma ordem judicial discricionariamente, ainda que um testamento disponha o consentimento do falecido, o que pode vir a afogar ainda mais as varas de família; v) ou ainda cobrem

³⁸⁵ Vide nota de rodapé 350.

³⁸⁶ Vide nota de rodapé 351.

³⁸⁷ Vide nota de rodapé 353.

³⁸⁸ Para uma síntese da revisão da UFADAA, refira-se a <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/Revised%202015/Revised%20UFADAA%20-%20Summary%20-%20March%202016.pdf> .

³⁸⁹ Para uma efetiva comparação das abordagens ao problema da herança digital entre a UFADAA original (2014), a PEAC e a revisão da UFADAA (2015), refira-se a <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/Comparisn%20of%20UFADAA%20PEAC%20and%20Revised%20UFADAA.pdf> .

³⁹⁰ Mais detalhes sobre o “Gerenciador de Contas Inativas” e seu funcionamento no sítio <https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR> .

³⁹¹ Mais detalhes sobre o “contato herdeiro” no sítio <https://www.facebook.com/help/1568013990080948> .

taxas para atender os requerimentos de acesso; vi) neguem requerimentos de acesso notadamente morosos e inviáveis tecnicamente.

Essa mudança de direção na revisão da UFADAA acaba dando mais peso e importância ao testamento e a concessão fiduciária de acesso aos bens digitais - além da ferramenta de consentimento eletrônica - enquanto a versão original tentou revestir todos sucessores como fiduciários do espólio e com acesso presumido a todos os bens digitais. Importante notar que empresas como *Google* e *Facebook* endossaram essa nova redação da norma modelo³⁹².

³⁹² Redação revisada e atual da UFADAA disponível no sítio http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2015_RUFADAA_Final%20Act_2016mar8.pdf .

5. CONCLUSÃO

Bens digitais possuem um valor econômico, acompanhado de um valor afetivo, não comercial, de significância sentimental. Tudo isso compõe um legado do falecido e que deve ser disponível e transmissível a quem ele autorizou. Disso, vislumbram-se alguns princípios que deverão ser sempre respeitados na sucessão, independentemente do meio ou suporte tecnológico que seja de uso corrente. O direito à propriedade, à autodeterminação, à liberdade de testar, à liberdade de empreender, à proteção da privacidade e ao convívio familiar.

O uso da Internet e outras novas tecnologias tem um impacto positivo em nossas vidas, mas esses princípios devem ser mantidos também nesse novo mundo. Atualmente poucos serviços hospedados na rede respeitam isso, normalmente esquivando-se de maior responsabilidade através de termos de uso de serviço de juridicidade duvidosa. Quanto algum ajuste existe, eles não são fáceis de serem efetivados, por serem imprecisos ou em conflito com leis já existentes, deixando o usuário em posição de vulnerabilidade.

Em especial, há um paradoxo geracional. Os mais jovens utilizam mais da tecnologia e ao mesmo tempo são os menos preocupados com a morte e em consequência, com a realização de procedimentos preparatórios que evitem embaraços aos seus familiares próximos.

A importância da transmissão dos bens digitais é crescente e o ordenamento jurídico deve estar preparado para entregar garantias e mecanismos que façam valer os direitos do usuário. Tanto o Marco Civil quanto a vindoura Lei de Proteção de Dados Pessoais poderiam ter sido mais audazes nesse sentido, estabelecendo parâmetros concisos, abstratos e funcionais que garantissem isso. Por outro lado, não considero o Código Civil como o melhor destinatário para esse tipo de regulação, pois herança e universalidade (de direito) são elementos unívocos e inequívocos, dispensando detalhamentos e róis, mesmo que seja para expressar que tudo o que é do mundo virtual é suscetível de transmissão, afinal a “universalidade” também alcança esse mundo. Seria uma redundância perigosa, que daria margem para aventuras legislativas posteriores sobre o diploma cível, que deve ser preservado contra qualquer atentado à sua lógica intrínseca.

As justificativas dos projetos de leis analisados são pobres, o texto legal não estabelece nenhuma taxonomia ou conceituação que auxilie a aplicação da norma, o que invariavelmente demandaria uma lei ordinária a complementar o tema ou daria aos tribunais a ingrata tarefa de modular no caso concreto. A posição dos nobres parlamentares é fruto de um afogadilho. Qualquer projeto que se prezasse mereceria mais debate, trazidos os devidos insumos do direito comparado – onde a experiência estadunidense é um excelente referencial – e qualquer resultado disso encontraria mais afinidade em ser emendado no corpo do anteprojeto da Lei de Proteção de Dados Pessoais. Como se diz: “Leis, como salsichas, deixarão de inspirar respeito na proporção em que sabemos como elas são feitas. ” ³⁹³.

No momento, resta ser pragmático: existem serviços disponíveis para contratação na própria rede que prometem lidar com o repasse de informações selecionadas para as pessoas legítimas no momento certo, assim como instrumentos clássicos como o testamento cerrado que podem ter sua utilidade. Outras manifestações de vontade - se é desejado manter algum perfil ativo, a publicação de fotos e escritos pessoais, quais dispositivos de uso pessoal podem conter dados, orientações e escolhas em caso de procedimentos de saúde etc. - devem ser deixadas para um testamenteiro, sendo periodicamente revisadas.

³⁹³ Embora observações semelhantes são frequentemente atribuídas a Otto von Bismarck, a primeira citação conhecida sobre as leis e as salsichas é conferida a John Godfrey Saxe em *The Cleveland Daily Herald* (29 de março de 1869) e "Quote... Misquote" por Fred R. Shapiro no *The New York Times* (21 de julho de 2008). De acordo com pesquisa de Shapiro, essas observações só começaram a ser atribuídas a Bismarck em 1930.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. Direito Econômico - Do Direito Nacional ao Direito Supranacional, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 03/2016.

ARTHUR, Charles. No, Bruce Willis isn't suing Apple over iTunes rights. 2012. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/blog/2012/sep/03/no-apple-bruce-willis>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BBC BRASIL. Facebook removes memorial page of Brazilian journalist. 2013. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-latin-america-22299161>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

BISSETT, William; KAUFFMAN, David. Understanding Proposed Legislation for Digital Assets. 2014. Disponível em: <<https://damienmccdlr.wordpress.com/tag/fiduciary-access-to-digital-assets/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BORDEN, Matt. Covering Your Digital Assets: Why the Stored Communications Act Stands in the Way of Digital Inheritance. 2014. Disponível em: <<http://moritzlaw.osu.edu/students/groups/oslj/files/2012/01/9-Borden.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRAGA, Daniel Longo. O Dano Moral pela Via Reflexa e a Questão da Legitimidade Ativa. Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/materias.asp?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10093&revista_caderno=7>. Acesso em 3 set. 2016.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Regimento interno da Câmara dos Deputados [recurso eletrônico] : aprovado pela Resolução n. 17, de 1989, e alterado até a Resolução n. 17, de 2016 . – 17. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2016. – (Série textos básicos ; n. 136).

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Decreto n. 59.566 de 14 de Novembro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D59566.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Enunciados aprovados – I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 set. 2016.

BRASIL. Lei n. 10406/2012. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 3 nov. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 nov. 2016.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.935/1994. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8935.htm>. Acesso em 30 ago. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 ago. 2016.

BRASIL. Resolução n. 35 de 24 de abril de 2007. Disponível em <www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n35-24-04-2007-presidencia.pdf>. Acesso em 30 ago. 2016.

BRASIL. Subchefia Para Assuntos Jurídicos. Casa Civil da Presidência da República. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012: Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 12 ago. 2016.

BRUCKER-KLEY, Elke et al. *Sterben und Erben in der digitalen Welt*. Zúrique: Vdf Hochschulvlg, 2013.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 05/2015.

CASTELEIN, Christoph; FOQUÉ, René; VERBEKE, Alain (Orgs.). *Imperative inheritance law in a late-modern society*. Antuérpia: Intersentia, 2009, p. 3.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet – reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Ed. Jorge Zahar Editor: Rio de Janeiro, 2003, p.192.

CAVALIERI FILHO, Sergio . *Programa de Responsabilidade Civil*, 12ª edição. Atlas, 08/2015.

CENTER FOR DEMOCRACY & TECHNOLOGY. *Civil Liberty Organizations Respond to the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act*. 2015. Disponível em: <<https://cdt.org/insight/civil-liberty-organizations-respond-to-the-uniform-fiduciary-access-to-digital-assets-act/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

CHAN, Kathy H.. Memories of Friends Departed Endure on Facebook. 2009. Disponível em: <<https://www.facebook.com/notes/facebook/memories-of-friends-departed-endure-on-facebook/163091042130>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CHIAVENATO, Idalberto. Gerenciando com as Pessoas: Transformando o Executivo em um Excelente Gestor de Pessoas, 5th edição. Barueri: Manole, 01/2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: família/sucessões, v. 5, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. Tratado de direito comercial Volume 8: Título de crédito, direito bancário, agronegócio e processo empresarial, 1ª edição. Saraiva, 5/2015.

COLEMAN, Clive. How do we protect our digital legacy after death? 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/uk-32151999>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO. Password, credenziali e successione mortis causa. 2007. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20140414002255/http://home.datacomm.ch/ugobechini/password_morto.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

COSTA, Thabata Filizola. A importância de uma Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: <<https://thabatafc.jusbrasil.com.br/artigos/346208302/a-importancia-de-uma-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1957.

COVENTRY, Anne W.; PRANGLEY, Karin. Status of the Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act. Not enacted anywhere. . . yet. 2015. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/rpte_ereport/2015/3-May/practice_alert.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

DAHORTSANG, Tenzin. What about your digital assets when you die or become Incapacitated? 2016. Disponível em: <http://blog.froriep.com/hubfs/CONTENT/DOWNLOADS/DOCUMENTS/Private_Clients/Downlodad_what_about_digital_assets_when_you_die_TDA.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2017.

DANZICO, Matt. Living online after death faces Nebraska legal battle. 2012. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/magazine-16801154>>. Acesso em: 1 jan. 2017.

DAVENPORT, Thomas H., Big data no trabalho: derrubando mitos e descobrindo oportunidades; tradução Cristina Yamagami. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

DELAWARE. Title 12 - Decedents' Estates and Fiduciary Relations Fiduciary Relations: Chapter 50. Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts. 2014. Disponível em: <<http://delcode.delaware.gov/title12/c050/index.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6 – direito das sucessões, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, v. 6: direito das sucessões, 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

DONEDA, Bruno. Marketplaces B2C: riscos jurídicos perante o direito do consumidor. 2015. Disponível em: <http://seedsolutions.com.br/2015/07/19/marketplaces-b2c-riscos-juridicos-perante-o-direito-do-consumidor/>. Acesso em: 31 out. 2016.

EMERENCIANO, Adelmo da Silva. Tributação no Comércio Eletrônico. IN: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.), Coleção de Estudos Tributários. São Paulo: IOB, 2003.

EMPRESA BRASIL DE COMUNICAÇÃO. O que fazer com arquivos digitais de uma pessoa que já morreu. Disponível em <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/galeria/videos/2012/10/o-que-fazer-com-arquivos-digitais-de-uma-pessoa-que-ja-morreu>>. Acesso em 2 set. 2016

ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Junior Roberto. Inovação no Brasil: Entre os Riscos e o Marco Regulatório. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

EUROPEAN COMMISSION. Successions and wills: new EU rules to ease cross-border successions. 2016. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/civil/family-matters/successions/index_en.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017.

EUROPEAN COMMISSION. Commission Implementing Regulation (EU) n. 1329/2014. 2014. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2014.359.01.0030.01.ENG>

FACCHINI NETO, Eugenio. Inovação e Responsabilidade Civil: os riscos do desenvolvimento no direito contemporâneo. In: Ricardo Lupion Garcia; Giovani Agostini Saavedra. (Org.). Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012, p. 96

FARENZENA, Suélen. Costa Versus Enel - O Primado do Direito Comunitário e a Mudança de Paradigma: o Estado em Rede Europeu. Revista Direito Público, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 47, p.173-196, 2012. Bimestral. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/11827/13121>>. Acesso em: 01 nov. 2016.

FARIA, Mario Roberto de. Direito das Sucessões - Teoria e Prática, 7ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 08/2013.

FARIAS, Cristiano de, Rosenvald, Nelson. Curso de Direito Civil: Sucessões, v. 7. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIVAR, Cyrus. Delaware becomes first state to give executors broad digital assets access: Meet the "Fiduciary Access to Digital Assets and Digital Accounts Act.. 2014. Disponível em: <<https://arstechnica.com/tech-policy/2014/08/delaware-becomes-first-state-to-give-heirs-broad-digital-assets-access/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

FITCHEN, Jonathan. Inheritance law and the European Union: the impact of 'authentic instruments'. 2016. Disponível em: <<https://aberdeenunilaw.wordpress.com/2016/06/09/inheritance-law-and-the-european-union-the-impact-of-authentic-instruments/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

FOWLER, Geoffrey A., Life and Death Online: Who Controls a Digital Legacy? Wall Street Journal, 2013. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324677204578188220364231346>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil, v. 3, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

GENNARI, Adilson. História do pensamento econômico. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Leonardo de Castro. Marco civil da internet. Impressões preliminares da lei nº 12.965, de 23.04.2014. Revista do Gedicon - Emerj: Estudos de Direito Concreto em Matéria Cível e Fazendária, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p.55-83, dez. 2014. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_gedicon_online/paginas/volume/2/revista-do-gedicon-volume2_55.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2017.

GOMES, Orlando. Sucessões, 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Compras coletivas e as lesividades na relação de consumo. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil., Porto Alegre, v. 12, n. 78, p.72-89, 2012. Bimestral.

GONÇALVES, Carlos R. Direito civil brasileiro: direito das sucessões. Volume 7, 10ª edição. Saraiva, 12/2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 7: direito das sucessões, 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOTTLIEB, Jeffrey R.. ULC Rewrites 'Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act'. 2015. Disponível em: <<http://www.illinoisstateplan.com/ulc-rewrites-uniform-fiduciary-access-to-digital-assets-act/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Vol. I, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HOFFMAN-RIEM, Wolfgang. Direito, tecnologia e inovação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). Direito, Inovação e Tecnologia. São Paulo: Saraiva, 2015.

HOPPER, Jessica. Digital Afterlife: What happens to your online accounts when you die? 2012. Disponível em: <http://rockcenter.nbcnews.com/_news/2012/06/01/11995859-digital-afterlife-what-happens-to-your-online-accounts-when-you-die?lite>. Acesso em: 25 mar. 2017.

HU, Jim. Yahoo denies family access to dead marine's e-mail: Father of slain soldier wants to remember his son in words. Web giant refuses, citing privacy practices. 2004. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/yahoo-denies-family-access-to-dead-marines-e-mail/>>. Acesso em: 1 jan. 2017.

IBDFAM, Assessoria de Comunicação do. Especialista cria primeiro banco virtual de Testamento Vital do Brasil: Por meio da plataforma on-line qualquer pessoa pode cadastrar e armazenar seu Testamento Vital. 2014. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5473/Especialista+cria+primeiro+banco+virtual+d e++Testamento+Vital+do+Brasil>>. Acesso em: 22 fev. 2017.

IGNACIO, Laura. 'Herança digital' já chegou ao Brasil. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/1151148/heranca-digital-ja-chegou-ao-brasil>>. Acesso em: 23 dez. 2016.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Imóvel de herança pode ser expropriado antes da partilha. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-14/imovel-heranca-expropriado-reforma-agraria-antes-partilha>>. Acesso em: 2 set. 2016.

JESUS, Damásio de. Manual de crimes informáticos, 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 12/2015.

JUNQUEIRA, Gabriel Herscovici. Arbitragem Brasileira na Era da Informática: Um Estudo das Principais Questões Processuais. São Paulo: Atlas, 07/2015.

KRYNEN, Jacques. La mort saisit le vif. Genèse médiévale du principe d'instantanéité de la succession royale française. In: Journal des savants. 1984, nº 3 - 4. pp. 187-221. Disponível em: http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/jds_0021-8103_1984_num_3_1_1482. Acesso em: 13 nov. 2016.

LAMM, Jim. August 2013 List of State Laws and Proposals Regarding Fiduciary Access to Digital Property During Incapacity or After Death. 2013. Disponível em: <<http://www.digitalpassing.com/2013/08/30/august-2013-list-state-laws-proposals-fiduciary-access-digital-property-incapacity-death/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007.

LÔBO, Paulo. Direito civil : sucessões. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 12/2013.

LUSTIG, Nathan. 2.89m Facebook Users Will Die in 2012, 580,000 in the USA. 2012. Disponível em: <<http://www.nathanlustig.com/2012/06/06/2-89m-facebook-users-will-die-in-2012-580000-in-the-usa/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

MALITO, Alessandra. Two groups battle it out to create uniform national rule for fiduciaries to access digital assets: The Uniform Law Commission and NetChoice are working separately to try to make it easier to close up accounts and transfer funds after the owner dies. 2015. Disponível em: <<http://www.investmentnews.com/article/20150528/FREE/150529924/two-groups-battle-it-out-to-create-uniform-national-rule-for>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos especiais, 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

MARTINS, Gilberto de Almeida. A responsabilidade civil. I Fórum brasileiro de legislação do documento digital. São Paulo, 1999.

MARTINS, Sérgio Pinto. Trabalho à distância. In Revista Trabalho & Doutrina n. 24, março de 2000.

MCCALLIG, Damien. US: Legislating for digital remains. 2014. Disponível em: <<https://damienmccdl.wordpress.com/2014/03/21/us-legislating-for-digital-remains/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

MELL, Peter; GRANCE, Timothy. The NIST Definition of Cloud Computing. 2011. Disponível em: <<http://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/Legacy/SP/nistspecialpublication800-145.pdf>>.

MELO, Nehemias Domingos de. Lições de Direito Civil: Família e Sucessões (,v.5). São Paulo: Atlas, 04/2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P.. Direito, Inovação e Tecnologia. São Paulo: Saraiva 2015.

MENDES, Laura Schertel. Série IDP - Linha de pesquisa acadêmica - Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental, 1ª Edição. Saraiva, 02/2014.

MERKER, Júlia. Documento de identidade com chip é aprovado. 2017. Disponível em: <<http://www.baguete.com.br/noticias/22/02/2017/documento-de-identidade-com-chip-e-aprovado>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. Apontamentos sobre direito, ciência e tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Org.). Direito, Inovação e Tecnologia. São Paulo: Saraiva, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. Curso de direito civil, vol. 1. 44ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NADER, Paulo. Curso Direito Civil - Vol. 3 - Contratos, 8ª edição. Forense, 12/2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do Trabalho - História e Teoria, 29ª edição. São Paulo: Saraiva, 6/2014.

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (Draft for Approval). 2015. Disponível em: <http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets/2014am_ufadaa_draft.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2016.

NEWITZ, Annalee. Dangerous Terms: A User's Guide to EULAs. 2005. Disponível em: <<https://www.eff.org/pt-br/wp/dangerous-terms-users-guide-eulas>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. Aspectos Principais da Lei Nº 12.965, de 2014, O Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica. 2014. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-148-aspectos-principais-da-lei-no-12.965-de-2014-o-marco-civil-da-internet-subsidios-a-comunidade-juridica>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

OLSEN, Stefanie. Yahoo releases e-mail of deceased Marine: In case that raised privacy issues, company complies with court order and gives family access to messages. 2005. Disponível em: <<https://www.cnet.com/news/yahoo-releases-e-mail-of-deceased-marine/>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

PAESANI, Liliana Minardi . Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 06/2013, p. 107

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 24ª edição. Rio de Janeiro: Forense.

PEREIRA, Caio Mário Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. III - Contratos, 20ª edição. Forense, 02/2016.

PEREIRA, Caio Mário Silva. Instituições de Direito Civil - Vol. VI - Direito das Sucessões, 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 03/2016.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Herança Digital? 2014. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/patricia-peck-pinheiro/heranca-digital_b_5020237.html>. Acesso em: 4 maio 2016.

PIOVESAN, Flavia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 12/2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. A sabedoria da inteligência (1922). Rio de Janeiro: José Olympio, 1960.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Sistema de ciência positiva do direito (1922). 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

POPKIN, Helen A.S., Instagram Responds to Outrage, Tweaks Privacy Policy To Limit Photo Use in Ads, NBC News, 2012. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/technology/technolog/instagramresponds-outrage-tweaks-privacy-policy-limit-photo-use-ads-1C7660196>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

RAMOS, André Luiz Cruz. Direito Empresarial Esquematizado, 6ª edição. São Paulo: Método, 02/2016.

REALE, Miguel. O Novo Código Civil e seus críticos. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

RECUERO, Raquel, Redes sociais na internet. Porto Alegre: Sulina, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. Introdução ao Direito e Parte Geral do Código Civil, 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 11/2015.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões, 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 07/2015).

ROBINSON, Katie. Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act Approved. 2014. Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/NewsDetail.aspx?title=Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act Approved](http://www.uniformlaws.org/NewsDetail.aspx?title=Uniform+Fiduciary+Access+to+Digital+Assets+Act+Approved)>. Acesso em: 24 mar. 2017.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Direito das Sucessões - Volume 7 - 26ª Edição - Coleção Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 07/2003.

SANCYA, Paul. Yahoo will give family slain Marine's e-mail account. 2005. Disponível em: <http://usatoday30.usatoday.com/tech/news/2005-04-21-marine-e-mail_x.htm?POE=TECISVA>. Acesso em: 22 mar. 2017.

SANTOS, Thiago do Amaral. Testamento vital como instrumento assecuratório do direito à morte digna. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14219>. Acesso em: 11 nov. 2016 apud LIPPMANN, Ernesto. Testamento vital: direito a dignidade. São Paulo: Matriz: 2013.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva . Família e Sucessões, 7ª edição. São Paulo: Atlas, 03/2014.

SCHWARTZ, Mattathias. Inside the World of Online Trolls, Who Use the Internet To Harass, Humiliate and Torment Strangers: Malwebolence, New York Times Magazine, 2008. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/08/03/magazine/03trolls-t.html>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

SETTORE PROGETTI E METODOLOGIA LEGISLATIVI. Dipartimento Federale di Giustizia e Polizia Dfpg. Rapporto esplicativo concernente l'avamprogetto di legge federale relativo alla revisione totale della legge sulla protezione dei dati e alla modifica di altri atti normativi sulla protezione dei dati. 2016. Disponível em: <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-i.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SHINDER, Debra Littlejohn. Syngress scene of cybercrime: computer forensics hand- book. Rockland: Syngress Publishing, 2002, p. 554 apud Daniel Moraes da Costa. Boas práticas para a perícia forense.

SICILIANO, Robert. How Do Your Digital Assets Compare? 2013. Disponível em: <<https://securingtomorrow.mcafee.com/consumer/family-safety/digital-assets/>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

SILVA, Regina Beatriz da. Código Civil comentado, 9ª Edição.. Saraiva, 03/2013.

SMITH, Chloe. New EU inheritance law should prompt wills reviews, say experts. 2015. Disponível em: <<https://www.lawgazette.co.uk/law/new-eu-inheritance-law-should-prompt-wills-reviews-say-experts/5050595.article>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SQUIRE, Alison Smith. Facebook banned me from my dead daughter's page... to protect her privacy: Mother's anguish after teenager dies of brain tumour. 2012. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2110019/Facebook-banned-dead-daughters-page-Mothers-anguish-locked-brain-tumour-teenagers-site-web-giant.html>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

SZULEWSKI, Paweł. Digital legacy - is it possible to transfer digital assets in case of death? 2015. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/digital-legacy-it-possible-transfer-digital-assets-case-death>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

TARNEY, Tyler G., A Call for Legislation To Permit the Transfer of Digital Assets at Death, 40 CAP. U. L. REV. 773, 2012).

TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Vol. 2 - Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 12/2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Vol. 3 - Teoria Geral dos Contratos em Espécie, 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 12/2015.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil - Vol. 6 - Direito das Sucessões, 9ª edição. Forense, 12/2015.

TARTUCE, Flávio; MARTOS, José Antonio de Faria. O diálogo das fontes e a hermenêutica consumerista no Superior Tribunal de Justiça. 2014. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/201408271608280.ARTIGO_TARTUCEMARTOS_DIALOGO.doc>. Acesso em: 10 jan. 2017.

TECHVIBES. Three Facebook Users Die Every Minute. How Will Your Online Legacy Look After Death? 2012. Disponível em: <<https://techvibes.com/2012/01/10/three-facebook-users-die-every-minute-how-will-your-online-legacy-look-after-death-2012-01-10>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

TEIXEIRA, Tarcísio. Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática, 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 6/2015.

THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EU) n. 650/2012 of the European Parliament and of the Council. 2012. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:EN:PDF>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

THE FEDERAL ASSEMBLY OF THE SWISS CONFEDERATION. Swiss Civil Code. 1907. Disponível em: <<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

THE WASHINGTON POLICY BRIEF. States Struggle to Adopt Uniform Access to Digital Assets Act. 2015. Disponível em: <<http://www.arma.org/r1/news/washington-policy-brief/2015/04/08/states-struggle-to-adopt-uniform-access-to-digital-assets-act>>. Acesso em: 26 mar. 2017.

THORNHILL, Ted. And to you I bequeath ... my internet password: Growing numbers are passing on access to Britain's £2.3bn 'digital inheritance'. 2011. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-2048585/Internet-passwords-left-wills-Britons-pass-2-3bn-digital-inheritance.html>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

TRUZ, Igor. Projeto de Lei quer regulamentar transmissão de heranças digitais. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/67232/projeto+de+lei+quer+regulamentar+transmissao+de+herancas+digitais.shtml>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

UNIFORM LAW COMMISSION. Committees Fiduciary Access to Digital Assets. 2015. Disponível em: <[http://www.uniformlaws.org/Committee.aspx?title=Fiduciary Access to Digital Assets](http://www.uniformlaws.org/Committee.aspx?title=Fiduciary%20Access%20to%20Digital%20Assets)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

UNIFORM LAW COMMISSION. Annual meeting of the committee on scope and program. 2011. Disponível em: <<http://www.uniformlaws.org/Shared/Minutes/scope070811mn.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

VALLE, Caio do. Em que fase está o projeto de criar um documento único para os brasileiros. 2017. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/03/20/Em-que-fase-est%C3%A1-o-projeto-de-criar-um-documento-%C3%BAnico-para-os-brasileiros>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, v. 7: direito das sucessões, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, V. 2, 14ª edição. São Paulo: Atlas, 01/2014.

VENOSA, Sílvio Salvo. Direito Civil - Vol. VII - Direito das Sucessões, 16ª edição. São Paulo: Atlas, 02/2016.

WAKEFIELD, Jane. I bequeath my iTunes credits to... 2011. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/mobile/technology-15292748>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

WALSH, Suzanne Brown; CAHN, Professor Naomi. Fiduciary Access to Digital Assets, initial reading: Background/summary of the committee's work. 2013.

WHEELER, Brian. Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

WORLD RECORD ACADEMY. Most expensive virtual item - Crystal Palace Space Station sets world record. 2010. Disponível em: <http://www.worldrecordacademy.com/internet/most_expensive_virtual_item_Crystal_Palace_Space_Station_sets_world_record_101478.htm>. Acesso em: 1 jan. 2017.

ZAMPIERI, Marcelo Carlos; ANTUNES, Nathália Zampieri. A Herança Digital e sua necessidade de implementação no processo de modernização do ordenamento jurídico brasileiro. Anais da Semana Acadêmica Fadisma Entementes, Santa Maria, dez. 2015.