

O DIREITO DAS SUCESSÕES NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UMA OBSOLESCÊNCIA NÃO PROGRAMADA *

Dóris Ghilardi**

Jorge Nunes da Rosa Filho ***

1. INTRODUÇÃO



ean Baptiste Debret foi um artista francês (1768-1848) que, no início do século XIX, fixou domicílio no Brasil com vistas a contribuir para o ensino das artes plásticas no país. Nas suas viagens locais, ao longo dos 15 anos de sua estada, retratou paisagens e costumes. Dentre suas obras mais conhecidas está a pintura em aquarela sobre litografia intitulada “Um funcionário a passeio com sua família”.

A tela apresenta ao observador a imagem de uma família organizada em fila, liderada pelo patriarca, homem imponente, vestido com roupas de inspiração francesa, chapéu à Napoleão e com uma espada descansando em seu ombro direito; suas duas filhas menores logo atrás e, só então, a esposa (denotando a primazia da sucessão patrimonial e o papel secundário da mulher na sociedade da época); a seguir, a mucama a serviço da “senhora” inaugura a linha dos escravos (três na imagem),

* Publicado inicialmente em Ghilardi, Dóris & Liz Beatriz Sass (orgs.) (2020), *Temas Atuais de Direito Privado e Sociedade da Informação*, Florianópolis, Habitus, 194-209.

** Doutora e Mestre em Ciências Jurídicas pela Univali. Profa. Adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Direito de Família e Sucessões – GFAM/UFSC/CNPQ; Coordenadora Científica do IB-DFAM-SC.

*** Mestrando UFSC; pesquisador do GFAM/UFSC/CNP.

propriedade do senhor e que também contavam com sua hierarquia própria; ao final da fila, duas crianças negras, filhas de escravos e, portanto, também propriedade do patriarca.

A soma dos elementos iconográficos dessa obra particular (sua iconologia) permite ao observador extrair daquela simples imagem inúmeras categorias jurídicas próprias daquele determinado momento e lugar (Brasil, 1839) e que, se por um lado, causam natural desconforto pelo anacronismo em relação aos direitos e garantias fundamentais contemporâneos, por outro, facilitam a compreensão de que o direito consiste, acima de tudo, em manifestação social histórica, dinâmica e mutável. Nesse contexto, ao recobrar a realidade à sua volta, o observador percebe que, no Brasil, a família ainda é a base da sociedade; os filhos menores ainda são dependentes de seus pais; e as relações de trabalho ainda fazem parte da dinâmica social e econômica do modelo capitalista. As mesmas categorias jurídicas; mas já nenhuma delas igual às da aquarela.

Revoluções marcaram a história da humanidade. Da Revolução Cognitiva a que se refere Harari, passando pelas Revoluções Industriais, até alcançar a Revolução 4.0, importantes acontecimentos modificaram a vida em sociedade de forma permanente. A reboque, direitos e deveres foram extintos, criados ou modificados.

O presente artigo pretende, assim, debruçar-se sobre duas categorias jurídicas específicas e que até a segunda metade do século XX vibravam na mesma frequência, mas, agora, procuram encontrar um modo de convergir: a sucessão *causa mortis* e a privacidade. Porque se, até a criação e, sobretudo, a difusão da internet, da transferência de parte significativa da vida para o ciberespaço e da socialidade em rede, a categoria jurídica da sucessão à causa da morte se fundava na clara dicotomia “direitos patrimoniais X direitos não patrimoniais”, hoje, como se verá, tal critério já não atende às novas manifestações sociais e aos dilemas que o universo paralelo digital enseja.

Nessa medida, inicialmente, pretende-se discorrer a respeito da modificação histórica do conceito jurídico de privacidade, adequando-a ao contexto de uma sociedade informacional e em rede. Em seguida, busca-se analisar as interseções entre a noção contemporânea de privacidade e o regime jurídico geral do direito das sucessões, na medida de suas idiossincrasias.

Na sequência, pretende-se atentar para aspecto peculiar da proteção da privacidade do usuário para além da sua morte, com menos ênfase na privacidade afeita à ideia do “direito a ser deixado em paz” ou à privacidade dos terceiros que com o usuário falecido haviam se comunicado - privacidade decisional -, e mais destaque à eventual legitimidade dos herdeiros do usuário falecido - a preferência à expressão em lugar de “transmissão hereditária” não se apresenta por acaso e se justificará mais adiante - para perseguir a proteção dos dados do *de cuius* “coletados”, “processados”, “disseminados” e “invadidos” depois de sua morte - privacidade informativa.

Ao fim, diante da atual ausência de legislação específica que tutele a privacidade contemporânea - especialmente quanto à autodeterminação informacional - no âmbito do direito das sucessões, almeja-se analisar as propostas legislativas já arquivadas e as ainda em tramitação no Congresso Nacional, com vistas a concluir pela (in)suficiência, (in)conveniência e (in)adequação ao contexto atual do problema.

2. PRIVACIDADE: DE UM “NÃO-FAZER” A UMA AÇÃO NECESSÁRIA

A persistência de certas e determinadas categorias jurídicas no ordenamento jurídico denota que, ao menos na sua extensão, quando não na sua própria essência, seus conceitos elementares foram objeto de atualização para que alcançassem a realidade contemporânea das dinâmicas sociais. Nesse contexto, a privacidade se apresenta como exemplo característico desse

fenômeno.

Da concepção engendrada no século XIX à sua atual concepção, com suas dimensões peculiares, hoje reconhecidas, a tutela da privacidade se alargou, deixando para trás a noção negativa, de um “não-fazer” por parte de terceiros (particulares ou Estado), para fixar raízes num modelo positivo, proativo e de intervenção consciente. Nesse viés, a compreensão das experiências do passado ajuda a dimensionar os dilemas presentes.

2.1 A PRIVACIDADE TRADICIONAL IDENTIFICADA COM O DIREITO A SER DEIXADO SÓ

Na lição de Rodotá (2008, p. 26), historicamente o surgimento da privacidade está interligado à fragmentação da sociedade feudal, “na qual os indivíduos eram todos ligados por uma complexa série de relações que se refletiam na própria organização de sua vida cotidiana; o isolamento era privilégio de pouquíssimos eleitos ou daqueles que, por necessidade ou opção, viviam distantes da comunidade (...)”.

Nesse contexto, “a privacidade configura-se assim como uma possibilidade da classe burguesa, que consegue realizá-la sobretudo graças às transformações sócio-econômicas relacionadas à Revolução Industrial” (RODOTÁ, 2008, p. 26). Apropria-se, portanto, do seu espaço, defendendo, portanto, de forma autônoma, mas coordenada, a liberdade, a privacidade e a propriedade privada.

Doutrinariamente, considera-se como marco teórico da proteção da privacidade na sua conformação liberal o célebre artigo de Warren e Brandeis, intitulado *The right to privacy*, publicado na *Harvard Law Review* (1890). Concebido no contexto de abusos praticados pela imprensa da época na cobertura de eventos sociais, o texto pretende identificar uma nova etapa da proteção do indivíduo, a partir de experiências já identificadas na *Common Law*, relacionadas ao direito do indivíduo a se opor

à intervenção de terceiros na sua respectiva esfera de intimidade.

Tal conceito, que prevaleceu até a segunda metade do século XX, se afeiçoava à ideia de uma abstenção, de um “não-fazer” estatal e privado, na medida em que o titular do direito à privacidade poderia opô-lo – similarmente a um direito real – a outrem, de forma ampla, geral e abstrata. Tratava-se exclusivamente do “direito a ser deixado só” - *the right do be let alone*, conforme expressão cunhada por Thomas McIntyre Cooley (1879). O significado de privacidade como correlato à intimidade atendeu satisfatoriamente às necessidades de seus titulares durante esse período, com ajustes aqui e ali. Como categoria jurídica, a doutrina e a jurisprudência estavam de acordo em considerá-la um bloco monolítico, unívoco e universal relacionado à tranquilidade e, por conseguinte, à contrapartida de uma abstenção por parte de terceiros.

Até que surgiu a internet.

2.2 A PRIVACIDADE CONTEMPORÂNEA: TEORIA TRIDIMENSIONAL E AUTODETERMINAÇÃO INFORMACIONAL

Após a II Guerra Mundial, no contexto da Guerra Fria, o Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América idealizou a organização de computadores dispostos em arquitetura de rede, a fim de garantir que, na hipótese de um ataque nuclear a base estratégica, os demais centros de defesa nacionais pudessem responder prontamente. A intenção, portanto, era a de estabelecer uma defesa descentralizada e permanente, a partir da conexão direta dos ainda incipientes computadores (na época, máquinas grandes e pesadas).

A invenção ganhou as universidades americanas. Nas décadas de 1940-1950, prevaleceu a inspiração utópica; confundiu-se com a contracultura norte-americana dos hippies e *hobbyists* das décadas de 1960-1970; e alcançou os lares

americanos, a partir da difusão dos computadores pessoais (*personal computers* ou pcs), a partir de meados da década de 1970 em diante. Desde então, seguiram-se inúmeros dispositivos, plataformas e aplicativos capazes de atribuir novas funcionalidades (softwares) às máquinas (hardwares), alimentando um sistema de constante inovação.

O uso das redes digitais como plataformas de comunicação facilitou sobremaneira a troca de dados e informações, identificando-se, mesmo, “supervias” que complementaram rapidamente os meios tradicionais de comunicação (jornal, rádio, televisão). O telefone foi substituído pelo modem. O modelo de publicação “um para vários” passou a conviver com uma arquitetura múltipla, em que qualquer pessoa poderia ser autora e editora de seus próprios conteúdos (LESSIG, 2006, p. 2).

A arquitetura descentralizada – rede aberta, criptografada, movida por pacotes de dados e acessível via protocolos TCP/IP – incentivou interesses públicos e privados a construir, tijolo a tijolo, um verdadeiro espaço digital: o ciberespaço.

Na origem, os entusiastas da internet pretendiam identificar na livre circulação da informação a causa de uma neutralidade ideal da rede – “*We reject: kings, presidents and voting. We believe in: rough consensus and running code*” –; todavia, o ideal libertário de um suposto direito de informar e de ser informado (liberdade informacional) como premissa para a autonomia individual e para a participação democrática logo se viu confrontado com a introdução de elementos de controle governamentais e mercadológicos. A sociedade da informação agregaria, então, uma nova persona, identificada com uma típica sociedade da vigilância.

Nessa linha de ideias, as redes sociais desempenham papel muito mais reflexivo: indivíduos cada vez mais conscientes de seu lugar nas redes, deslocando-se em seu interior e, eventualmente, mobilizando-as enquanto recursos – a rede se tornando, em si, um “capital social”, tendo um real valor, fenômeno que

interessa particularmente ao presente projeto. Não há mais dúvidas: a cibernética, a computação pessoal (microcomputação) e a comunicação em redes estabelecem, daquele ponto em diante, novos e insuperáveis paradigmas sociais, políticos, culturais, econômicos e, por conseguinte, igualmente jurídicos (LOVELUCK, 2018, p. 41).

Nesse cenário, categorias jurídicas antes seguras de si ingressaram em uma verdadeira crise de identidade – ela mesma, inclusive, a noção de identidade, padecendo desse mal, na medida em que a real passa a rivalizar e/ou se complementar com a(s) identidade(s) livremente concebida(s) por um mesmo indivíduo. A modificação legislativa não acompanha a velocidade das trocas nas redes e da própria modificação de costumes, tendências e culturas – efetivamente globalizadas com o encurtamento das distâncias – e, desse modo, conceitos jurídicos tradicionais passam a ser repaginados, relidos e reinventados – com maior ou menor rigor científico –, com vistas a tutelar eficazmente os conflitos decorrentes dessa nova e pungente realidade virtual.

Dentro desse espectro, a privacidade se apresenta como elemento central na socialidade em rede, quer pelo movimento natural que atingiu outros conceitos jurídicos, postos à atualização necessária, quer justamente por se tratar de protagonista na dinâmica das relações sociais levadas a cabo no espaço das redes.

Nesse quadrante, o ponto de partida jurídico, inequívoca fonte de legitimação da ordem legal, não poderia ser outro que a Constituição Federal – nesta história, a de 1988. Assim, passou-se a identificar a feição contemporânea da privacidade a partir de direitos e garantias fundamentais como a dignidade (artigo 1º, III), a liberdade (artigo 5º, *caput*); a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem (artigo 5º, X); à inviolabilidade da casa (artigo 5º, XI); e a inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral (artigo 5º, XII), traduzindo-a, portanto, principalmente em

uma prerrogativa de controle do acesso às suas próprias informações – ou, para utilizar a nomenclatura que pede a ocasião, de seus próprios dados.

Nessa senda, Peixoto e Ehrhardt Júnior (2018, p. 48) se utilizam da classificação articulada por Solove para identificar três dimensões do direito à privacidade, quais sejam: a. dimensão decisional; b. dimensão informacional; e c. dimensão espacial.

A dimensão decisional se relaciona com o “modo de vida do indivíduo, incluindo aí as suas escolhas, seus gostos, seus projetos, suas características”, no sentido de que “a pessoa não deve a ninguém explicação sobre suas decisões, sobre o seu comportamento ou sobre o seu jeito de vida”, traduzindo-se, assim, em autodeterminação pessoal e autonomia. Por outro lado, “muitos dos assuntos que dizem respeito ao modo de viver da pessoa acabam virando dados, os chamados dados sensíveis, cuja proteção é uma das principais preocupações na chamada sociedade da informação” (PEIXOTO; EHRHARDT JÚNIOR, p. 51).

Nesse diapasão, a privacidade se manifesta na sua dimensão informacional, que Solove categorizou em quatro grupos básicos, a partir de uma “taxonomia da privacidade”, a saber: i. coleta de informação; ii. processamento de informação; iii. disseminação de informação; e iv. invasão. Desse modo, tais categorias giram em torno do indivíduo de cujos dados se trata e a partir do qual “várias entidades coletam informação, sejam elas outras pessoas, empresas ou o governo” (os *data holders*) (PEIXOTO; EHRHARDT JÚNIOR pp. 51/52).

A circulação dos dados segue a seguinte lógica: os *data holders* coletam e processam os dados (armazenamento, combinação, manipulação, busca e uso dos dados coletados); após, transferem para outros a informação (afastamento dos dados pessoais do controle do indivíduo); por fim, conclui-se a “invasão”, melhor inserida no contexto da dimensão espacial,

identificada com a visão tradicional de privacidade (a privacidade do lar, da casa, de determinado lugar físico), a que se refere o artigo 5º, XI, da Constituição Federal de 1988 (PEIXOTO; EHRHARDT JÚNIOR p. 53-54).

Dessa forma, o indivíduo exige do Estado sua intervenção – antes indesejada – para alcançar uma finalidade específica: a proteção do tratamento de seus dados pessoais contra os apetites malsãos de terceiros, incluindo particulares e o próprio Estado. Sem perder de vista a concepção de privacidade identificada com uma abstenção específica – na esfera da intimidade –, acrescentou-se, portanto, o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, identificado como a autodeterminação informativa.

3. A (IN)TRANSMISSIBILIDADE DO DIREITO À DEFESA DA PRIVACIDADE NO TRATAMENTO *POST MORTEM* DE DADOS PESSOAIS

O presente ensaio trata de mudanças profundas, estruturais, ao mesmo tempo sólidas e irremediáveis. Nessa linha, interessa compreender do que se fala quando se trata de direito das sucessões, ontem e hoje, para, em seguida, isolar o problema que se coloca contemporaneamente de identificar se os herdeiros do usuário falecido o sucedem apenas nos direitos patrimoniais; se nos direitos patrimoniais e alguns direitos pessoais; em caso positivo para a última hipótese, em que medida; e, em qualquer caso, de que forma o direito contemporâneo à privacidade pode ser tutelado pelo direito das sucessões e pela legislação específica já em vigor, levando-se em conta suas três dimensões, principalmente no aspecto da autodeterminação informativa *post mortem*.

Na consecução dessa tarefa, depois de tratar da primeira categoria jurídica relevante para o texto, passa-se a analisar a segunda e não menos importante: a sucessão *causa mortis*, nas

suas nuances tradicionais e, especialmente, na sua conformação atual, (im)própria para tutelar o direito à privacidade informacional.

3.1 O DIREITO DAS SUCESSÕES NA ERA DA INFORMAÇÃO: UMA OBSOLESCÊNCIA NÃO PROGRAMADA

Com assento constitucional – artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988 – Pereira (1976, p. 11) identifica no “caráter familiar da propriedade” a ideia de sucessão do novo titular do patrimônio que se encontravam sob a titularidade do chefe pré-morto. “A ideia de sucessão somente veio a ganhar corpo com a propriedade individual. E é necessariamente correlata dos conceitos de família e de culto, presentes e unidos na Cidade Antiga”.

Desse modo, conceitua o Autor a herança como “o conjunto patrimonial transmitido *causa mortis*”. Ou ainda, “numa especialização semântica, como equivale a espólio, traduz a universalidade de coisas (*universitas rerum*), até que a sua individualização pela partilha determine os quinhões ou pagamentos dos herdeiros” (PEREIRA, 1976, p. 11)

A seu turno, Monteiro (1989, p. 1-2) identifica o direito das sucessões como “a transferência da herança, ou do legado, por morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, seja por força de lei, ou em virtude de testamento (*hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit*)”.

Como se denota, os dois civilistas identificam o conteúdo patrimonial (ou seja, de cunho econômico) como *conditio sine qua non* para aplicação do regime sucessório legal; os direitos não patrimoniais – ou personalíssimos – não se incluíam, por sua natureza, no rol daqueles transmissíveis em herança. Todavia, afigura-se apropriada a leitura desses autores com as lentes da cláusula *rebus sic stantibus* – “estando assim as coisas” –, levando-se em conta o momento histórico em que escreveram.

Hoje, no entanto, parcela significativa da vida em sociedade acontece com tal frequência e intensidade no ambiente virtual, com suas respectivas peculiaridades, que se torna simplesmente incontornável a abordagem do direito das sucessões sob o enfoque da natureza das interações ali constituídas, desenvolvidas e encerradas, o que, frequentemente, torna difícil distinguir entre interesses patrimoniais e personalíssimos.

Nesse ponto, ainda que não programada, parece estar-se diante de uma obsolescência do direito das sucessões, ainda carente de solução legislativa própria que discipline a (in)transmissibilidade de bens, direitos ou, pelo menos, interesses próprios e característicos das relações travadas no ciberespaço.

A par de tais considerações, a doutrina nacional vem enfrentando o assunto de modo a construir soluções que se ajustem aos direitos dos interessados.

Nessa medida, Frota, Aguirre e Peixoto (2020, p. 565) consideram que nem todo o patrimônio do falecido pode ser transmitido automaticamente aos herdeiros, posto que existem “direitos da personalidade que mantêm efeitos *post mortem* e somente são transmitidos se quem faleceu, em vida, declarou ou se comportou concludentemente nesse sentido, cuja prova deve ser trazida no processo de inventário judicial ou no caso de inventário extrajudicial.”

Admitem, então, a transmissibilidade de direitos de interesses não patrimoniais a partir de disposição de última *vontade*, com vistas a resguardar a intimidade e a privacidade do usuário falecido a partir da orientação prévia de quem pode – se é que pode – acessar seu conteúdo íntimo gravado na memória das redes – dados – para além de sua existência.

Tais proposições têm o mérito de considerar os interesses do usuário falecido e daqueles que, por qualquer motivo, forem por ele identificados como testadores ou herdeiros do conteúdo privado inserido em sua(s) respectiva(s) conta(s) virtual(ais). Por outro lado, Leal (2018, p. 187) adverte que essa solução –

de um *testamento virtual* – ignoraria “a proteção do direito à privacidade dos terceiros que se comunicaram com o usuário falecido por meio de conversas privadas, e que teriam suas mensagens também devassadas pelo acesso dos herdeiros”.

Novamente, está-se diante da preocupação com a privacidade – na última hipótese destacada, a de terceiros – na sua dimensão abstencionista, de um não fazer, proibitiva e que tem origem no direito a ser deixado em paz pelos interlocutores do usuário falecido.

Nessa altura, destaca-se que o dilema é relativamente novo – nasce com a própria internet -, na medida em que, antes da socialidade em rede, a preocupação com a tutela da privacidade se restringia apenas à sua dimensão decisional, enquanto as peças físicas de intimidade – diários, trocas de correspondências e anotações particulares – presumivelmente seriam acessadas por terceiros, quando do passamento do seu respectivo autor, de modo que, ao se produzir os seus conteúdos, os envolvidos já admitiriam – ou deveriam admitir –, com grau considerável, a probabilidade de que tais escritos fossem conhecidos por terceiros, no futuro.

No entanto, a interação em redes virtuais, acessíveis apenas com o uso de chaves ou senhas e protegidas, de ponta a ponta, por criptografia mais ou menos segura e confiável, atribui aos usuários em geral a justa expectativa de que suas conversas privadas serão mantidas em sigilo, antes ou depois do falecimento de qualquer dos interlocutores – ressalvados os casos de contas comerciais de atendimento ao público, por exemplo, em que se presume a ausência de troca de informações íntimas.

Outra questão relevante consiste na própria arquitetura das redes, baseadas no código-fonte de programação computacional, de modo que os provedores de plataformas digitais, em regra, estabelecem suas próprias regras acerca do destino dos conteúdos privados armazenados no seu acervo.

Lessig (2006, p. 5) diria “*code is law*”, significando que

o modo pelo qual se programa o ambiente virtual pelos protagonistas da rede consiste, ele mesmo, em fonte do direito, ao lado dos costumes e seus valores, do mercado e da lei propriamente dita (escrita e posta por autoridade competente no âmbito estatal), de sorte que provedores como Facebook, Instagram, Whatsapp, Telegram, YahooMail, Gmail e outros estabelecem previamente, nos seus termos de uso e nas suas políticas de privacidade, acessíveis aos usuários quando do seu respectivo cadastro e depois, as opções disponibilizadas por tais serviços – a transformação do perfil em memorial; a curadoria da página por um administrador póstumo anteriormente designado; o encerramento da conta e o perdimento dos dados ali armazenados.

3.2 A TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA SUBJETIVA COMO SUCEDÂNEO À INTRANSMISSIBILIDADE DE DIREITOS DA PERSONALIDADE

À vista de tais reflexões, Leal (2018, p. 192) propõe analisar o tema, não mais sob o enfoque de uma investigação acerca da possível transmissão hereditária do acervo digital, mas sob o prisma da *teoria da situação jurídica subjetiva* de Pietro Perlingieri, para quem, segundo aquela autora, “o sujeito consistiria, então, em elemento acidental”, havendo, em tais casos, “na verdade, um centro de interesses a ser tutelado”.

A aplicação dessa tese no campo dos direitos personalíssimos – tema que releva ao presente trabalho – leva Tepedino (2004, p. 47) a concluir pela inadequação do enquadramento da personalidade a um modelo de direitos subjetivos típicos, “necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações em que a personalidade humana reclame tutela jurídica”.

Nessa vertente, ao contrário de se transferirem os direitos da personalidade aos familiares, o caso é de tutelar juridicamente “um centro de interesses relacionado à personalidade, considerada valor, que pode se operar até mesmo em face de uma

violação perpetrada pelos familiares do *de cujus*” (LEAL, 2018, p. 194).

A aplicação da teoria da situação jurídica subjetiva funcionaria, portanto, como sucedâneo provisório e não especializado de uma efetiva transmissão do direito à privacidade na sua dimensão informacional, amoldando-se à concepção de Lôbo ((2013, p. 16), para quem “os bens jurídicos de natureza não patrimonial extinguem-se com a morte de seu titular, ainda que alguns de seus efeitos continuem sob proteção da lei”, como na hipótese, justamente lembrada pelo autor, de proteção *post mortem* dos direitos da personalidade – intimidade, vida privada, honra, imagem, integridade física e psíquica e outros –, cuja defesa se atribui aos herdeiros do titular falecido .

Como se denota, Lôbo reconhece na expressão do artigo 12, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002, ainda que não propriamente atribuída pelo direito sucessório, a tutela dos direitos em destaque, na medida em que legitima expressamente o cônjuge sobrevivente ou de qualquer parente em linha reta ou colateral até o quarto grau para defender lesão ou ameaça a direito da personalidade da pessoa falecida.

Oportunamente, no âmbito da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, editou-se o Enunciado nº 400, reconhecendo-se que “os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra lesão perpetrada *post mortem*”.

De todo modo, tratando-se de herança ou mera legitimação, a pergunta continua a mesma: podem os legitimados ou os herdeiros – conforme a orientação a que se filie – acessarem o acervo digital alheio, após a morte do usuário? A resposta parece negativa, diante da premência e relevância dos problemas cogitados nos parágrafos anteriores, notadamente no que se refere à privacidade de terceiros – o que poderá incluir, até mesmo, a proteção de segredos industriais, de patentes ou invenções – e

aos próprios termos de uso a que se adere quando da inauguração de uma conta virtual qualquer.

Nesse diapasão, ainda que se trate de direitos existenciais – não patrimoniais – e que merecem proteção para além da vida do seu titular – tutela da situação jurídica subjetiva –, não se afigura compatível com os demais direitos igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico autorizar o acesso geral e apriorístico de terceiros, mesmo que familiares ou herdeiros testamentários, às contas virtuais de seus titulares, salvo diante de razões superiores de ordem pública, pontuais e episódicas, como no caso de investigação criminal ou de interesse público, mediante prévia e fundamentada decisão judicial, nos termos da lei.

Ainda assim, como se procurou enaltecer nos capítulos anteriores, a legitimação atribuída aos interessados quanto à defesa *post mortem* dos direitos da personalidade da pessoa falecida (artigo 12, parágrafo único, do Código Civil de 2002), historicamente, associa-se à ideia clássica de privacidade, é dizer, de sua expressão negativa – um não-fazer -, de modo que a preocupação central dos estudos sobre o tema frequentemente se estabelece sobre a porção de intimidade, os segredos titularizados pelo usuário morto – opondo-se, assim, a privacidade do *de cuius* até mesmo contra seus familiares.

Contudo, o tema se mostra ainda mais profundo e complexo a contar do tratamento que os dados – sensíveis ou não – da pessoa falecida recebem mesmo depois de sua morte, alimentando bancos de dados; servindo como elementos de manipulação e controle; ensejando potenciais discriminações em face de parentes e pessoas próximas, além do próprio usuário sucedido, cujos direitos da personalidade podem ser violados por ato posterior à abertura da sua sucessão – dimensão informacional plena da privacidade.

3.3 A LEGITIMIDADE NA DEFESA DA DIMENSÃO INFORMACIONAL DA PRIVACIDADE NO CONTEXTO DO

TRATAMENTO *POST MORTEM* DE DADOS PESSOAIS

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014) não se dedicou à disciplina *post mortem* da privacidade no contexto das relações digitais – embora se refira à proteção da privacidade, presumivelmente em vida do usuário, nos artigos 3º, II; 8º; 11, *caput* e § 3º.

Além disso, a Lei Geral da Proteção de Dados (Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018) – ou LGPD –, desdobramento da aprovação do Marco Civil da Internet e criada para proteger “os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”, não disciplina direta e expressamente a tutela de dados pessoais de usuário após o seu falecimento. No seu artigo 1º, faz alusão ao tratamento de dados pessoais, inclusive por meios digitais, com o objetivo de tutelar o direito à liberdade, à privacidade e à personalidade da pessoa natural, sem, contudo, estabelecer solução própria e específica para o caso especial de tratamento dos dados do usuário falecido realizado após a sua morte.

O lapso legislativo deixa, assim, num primeiro momento, sem proteção as operações de coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração (artigo 5º, X, da LGPD) de dados pessoais e que se refiram a atos praticados antes ou depois da morte do usuário, mas que não tenham sido por ele identificados em vida ou que não tenham sido objeto de providência judicial pré-morte.

Noutro passo, os projetos de lei em tramitação ou já arquivados pelo Congresso Nacional e que se dedicam ou se dedicaram a relacionar o direito ao acesso de dados pessoais *post mortem* e o falecimento do usuário adotam ou adotaram pelo menos uma das seguintes premissas: a. a proteção da privacidade

apenas na sua dimensão decisional, de caráter negativo (um “não-fazer”), de abstenção de terceiros; e/ou b. a transmissibilidade pura e simples do acesso aos dados dos usuários falecidos, sem identificar direitos sucessórios ou legitimação extraordinária – dependendo da corrente a que se filie – à proteção do tratamento de dados da pessoa falecida, iniciado antes ou, especialmente, depois da morte.

Todavia, nenhum dos projetos em tramitação no Congresso Nacional atualmente – ou mesmo os já arquivados – versa ou versou sobre a dimensão informacional; o tema do acesso e tratamento dos dados do usuário falecido na extensão concebida pelo artigo 5º, X, da LGPD; ou o direito ao esquecimento no âmbito das redes. Nesse sentido, a despreocupação legislativa parece ignorar a lógica do chamado “capitalismo da vigilância” (*surveillance capitalism*) a que alude Zuboff (2015, p. 75).

Segundo a acurada análise daquela autora, ao mesmo tempo em que, com sua interação regular por meio das redes, os usuários contribuem involuntariamente e sem prévia anuência para a análise e interpretação de grandes volumes de dados (*big data*), comercializáveis – e certamente comercializados –, não detém o controle *a priori* da utilização de seus dados para quaisquer finalidades, figurando, nesse aspecto, como meros espectadores (ZUBOFF, 2015, p. 75). A peculiar condição do protagonista de interesses comerciais ou estatais (ambos de vigilância) agir na própria gênese das relações virtuais – como, por exemplo, na codificação da plataforma que ampara a socialidade em rede – lhe atribui posição de privilégio nunca, antes, testemunhada, até então restrita à esfera da ficção científica, como na “teletela” do “Partido” que tudo vê, da obra de George Orwell, intitulada 1984, escrita há 72 anos.

Nessa conformação, elementos como “internet das coisas” (*IoT*), redes neurais e inteligência artificial, *blockchain* e *big data*, se por um lado detêm potencial incrível de promover o desenvolvimento humano, por outro devem ser interpretados

tendo como premissa a correlação, nem sempre amistosa, entre “privacidade” e “acesso, vigilância e controle”, atentando-se, inclusive, para que a ordem jurídica contemporânea, de modo geral, rejeita o abuso de direito, considerando-o ilícito civil e que desafia a tutela inibitória e/ou reparatória, antes ou depois da morte do usuário.

No ponto, ressalte-se que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ao passo que o inciso LXXI do mesmo artigo garante ao titular dos “direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” – o que, hoje, inclui a cidadania digital – a concessão de mandado de injunção, na falta de norma regulamentadora. O nítido propósito do texto constitucional consiste em atribuir a cidadãos e cidadãs o exercício dos direitos e garantias fundamentais conquistados a partir do processo político, republicano e democrático.

Assim, na ausência de disciplina legal específica e adequada – que, a julgar pelos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, não virá em breve –, propõe-se atribuir à legislação em vigor interpretação sistemática, conjugando o artigo 5º, X, da LGPD – rol de atos vinculados ao tratamento de dados pessoais, inclusive no ambiente virtual – com o artigo 12 do Código Civil de 2002 – que atribui legitimidade aos sucessores do titular de direitos da personalidade, neles reconhecido o direito contemporâneo à privacidade, a fim de tutelar imediatamente o uso de dados armazenados nos servidores das redes que integram a internet, sem prejuízo de atividade legislativa posterior que especifique de forma adequada a situação jurídica posta à análise, neste capítulo.

4. CONCLUSÕES

A mutação das categorias jurídicas e a sua adaptação aos

modelos sociais que lhe seguem decorrem da própria natureza do direito, manifestação histórica e, portanto, peculiar de cada tempo e lugar. Nesse contexto, o arrebatamento de grande parte das relações sociais pela tecnologia, internet e socialidade em rede tornou por exigir a adaptação de conceitos antes suficientes para tutelar os interesses em conflito, cumprindo destacar a noção de privacidade, inicialmente representada exclusivamente pelo direito a ser deixado só.

Assim, após a mudança de paradigma representada pela inauguração de um espaço todo novo de relações interpessoais – o ciberespaço – e o gradativo deslocamento de parcela substancial da vida em sociedade para esse campo, passou-se a identificar novas e crescentes preocupações em relação à privacidade, admitida não mais como sinônimo exclusivo de intimidade, mas também na sua dimensão informacional, resultante dos rastros deixados pela interação humana nas redes – os dados.

Ao dialogar com o direito das sucessões, campo pelo qual se interessou o presente artigo, o conceito de privacidade se deparou com um primeiro dilema, identificado com o seu aspecto decisional – a preservação, ainda que *post mortem*, da intimidade do usuário das redes virtuais. Nesse cenário específico, apesar da intenção legislativa reformadora de atribuir solução jurídica própria à chamada “herança digital” – expressão contestada por parte da doutrina justamente por sugerir que se restringe a tema patrimonial –, as propostas até aqui apresentadas se limitam a estabelecer, sem maior reflexão ou critério, a sucessão pura e simples de contas digitais, inclusive de caráter exclusivamente pessoal, do usuário falecido.

Mas, para além de atingir a privacidade alheia dos terceiros que com o titular da conta mantiveram diálogo e/ou troca de dados de qualquer natureza, tais propostas se limitam a alcançar apenas a dimensão decisional – *post mortem* – do direito à privacidade, ao passo que a dimensão informacional, relacionada ao acesso e controle sobre os próprios dados virtuais –

autodeterminação informacional, segue sem maior reflexão, quanto à sua tutela para depois da vida.

Nesse conjunto de ideias, o presente ensaio propõe que se atribua interpretação sistemática à legislação vigente, para que, provisoriamente, permita aos legitimados do artigo 12, parágrafo único, do Código Civil de 2002 exerçam o direito à proteção da privacidade e dos demais direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, na legislação ordinária em geral e, especialmente, no tratamento de dados pormenorizado em suas etapas pelo artigo 5º, X, da LGPD, inclusive e especialmente após a abertura da sucessão do usuário falecido, reconhecendo-se repercussão à situação jurídica subjetiva e, assim, atribuindo legitimidade aos herdeiros legítimos, testamentários ou juridicamente interessados em defender os direitos existenciais do titular, após o seu falecimento.



5. REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2020
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 24 de setembro de 2019
- BRASIL. *Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965, de 2014*. Disponível em www.camara.gov.br; Acesso em 15 de outubro de 2020
- BRASIL. *Lei Geral de Proteção de Dados. Lei n. 13.709/2018, LGPD*. Disponível em www.camara.gov.br; Acesso em

15 de outubro de 2020

- BRASIL. *Projeto de lei n. 4.099, de 2012*. Disponível em www.camara.gov.br; Acesso em: 14/04/2020
- BRASIL. *Projeto de lei n. 4.847, de 2012*. Disponível em www.camara.gov.br; Acesso em 15 de outubro de 2020
- FROTA, Pablo Malheiros da Cunha Frota; AGUIRRE, Joao Ricardo; PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. *Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados post mortem*. Disponível em <http://abdconst.com.br/revista20/acervoPablo.pdf>, acessado em 15 de outubro de 2020.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, volume 7: direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- HARARI, Yuval Noah. *Sapiens – uma breve história da humanidade*. 48 ed. Porto Alegre : L&PM, 2019
- HIRONAKA, Gilselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direitos das Sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007
- LAWRENCE, Lessig. *Code: Version 2.0*. Aufl. New York, 2006
- LEAL, Livia Teixeira. *Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital*. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCilvil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2013
- LOVELUCK, Benjamin. *Redes, liberdades e controle: uma genealogia política da internet*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1989
- PEIXOTO, Erick Lucena Campos; EHRHARDT JÚNIOR,

- Marcos. *Breves notas sobre a resignificação da privacidade*. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 35-56, abr./jun. 2018
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1976
- RODOTÀ, Stefano. *A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje*. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*, v. 6: *direito das sucessões*. Prefácio: Zeno Veloso. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- TARTUCE, Flávio. *Herança digital e sucessão legítima – primeiras reflexões*. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/288109/heranca-digital-e-sucessao-legitima-primeiras-reflexoes>, acessado em 15 de outubro de 2020
- TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil – constitucional Brasileiro*. In *Temas de Direito Civil / Gustavo Tepedino (coordenador)*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004
- ZUBOFF, Shoshana. *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*. *Journal of Information Technology*, v. 30, n. 1, p. 75-89, 2015