

**IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI QUITO - EQUADOR**

**NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO I**

LITON LANES PILAU SOBRINHO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

N935

Novo Constitucionalismo Latino-Americano I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Liton Lanes Pilau Sobrinho; Alejandro Marcelo Medici; Sérgio Henriques Zandona Freitas. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-677-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO I

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT 1) denominado “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO I” do IX Encontro Internacional do CONPEDI Quito/Equador promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidad Andina Simón Bolívar (UASB), e apoio do Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) e da Pontificia Universidade Católica del Ecuador (Puc-Ecuador). O evento teve enfoque na temática “Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito”, e realizado entre os dias 17 e 19 de outubro de 2018 na Faculdade de Direito (Edifício Antonio José de Sucre), no Campus da Universidad Andina, na Calle Toledo n 22-80 (Plaza Brasilia) – Cidade de Quito/Equador.

Trata-se de publicação que reúne artigos de questões diversas, atinentes às temáticas envolvidas no novo constitucionalismo latino-americano, observado o movimento atual, em especial, ao completar dez anos da promulgação da Constituição de Montecristi (Constituição Equatoriana de 2008) e de nove anos da Constituição da Bolívia. Os textos são apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, em especial do Brasil e do Equador, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes: a relação entre direitos e organização do poder; as principais contribuições e limites do novo constitucionalismo; a avaliação das inovações constitucionais aliados a ideia de novos direitos e novas perspectivas jurídicas.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao processo de internacionalização do direito via direitos humanos: um olhar sobre as perspectivas regionais e mundiais; a dignidade humana e garantia do “mínimo existencial”: eixos fundamentais do estado democrático de direito no constitucionalismo social; as perspectivas decoloniais do novo constitucionalismo latino-americano. No GT abordado ainda, em exame comparativo de sistemas, os elementos do novo constitucionalismo latino-americano na Constituição Equatoriana de Montecristi (2008); la reparación integral en la constitución del Ecuador un concepto en constante evolución; o descompasso brasileiro no neoconstitucionalismo latino-americano; o inaudível lamento dos povos amazônicos - o índio visto como ser “a-histórico”

e a exploração mineral em terras indígenas brasileiras e equatorianas; e o processo de constitucionalização da paz na Colômbia: diálogo com o tratado de paz. Finalmente, temáticas específicas, tendo como foco a coparentalidade como novo modelo de entidade familiar; e-mails para a posteridade: direito à herança versus direito à privacidade; e a operacionalização constitucional democrática da lei federal brasileira nº 13.019/2014: anotações técnicas e processuais para implementação de novos direitos.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade dos direitos humanos nas várias constituições latino-americanas. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema constitucional regional e mundial.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil, no Equador e, em especial, na América Latina, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea.

A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a originalidade e vigência das constituições inovadoras da América Latina, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito sobre problemas sociojurídicos como o extrativismo, o papel do estado, o modelo econômico, as subjetividades, as formas de propriedade e a plurinacionalidade nos marcos das teorias do direito, do estado e da democracia; visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos democráticos e de direitos humanos e fundamentais, insculpidos no novo constitucionalismo latino americano.

Quito/Equador, outubro de 2018.

Professor Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade Vale do Itajaí / Universidade de Passo Fundo

liton@upf.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC / Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

E-MAILS PARA A POSTERIDADE: DIREITO À HERANÇA VERSUS DIREITO À PRIVACIDADE

E-MAILS TO POSTERITY: THE RIGHT TO HERITAGE VERSUS THE RIGHT TO PRIVACY

Cíntia Rosa Pereira de Lima ¹
Ana Beatriz Benincasa Possi ²

Resumo

O presente artigo é fruto de pesquisa no direito comparado sobre a destinação que é dada ao conteúdo da conta de e-mail do usuário falecido e suas implicações jurídicas. Tem como pano de fundo o caso paradigmático norte-americano John Elsworth v. Yahoo, que suscitou questões importantes envolvendo a possibilidade de acesso ao e-mail do falecido pelos herdeiros, contrapondo direitos igualmente importantes como o direito à privacidade e o direito à herança. Como demonstrado, as soluções encontradas para dirimir os referidos conflitos têm caráter provisório ante a complexidade e novidade do tema.

Palavras-chave: Internet, Patrimônio digital, Direitos e garantias fundamentais

Abstract/Resumen/Résumé

This article is the result of research in comparative law on the destination that is given to the content of the deceased user's e-mail account and its legal implications. It has the background of the North American leading case John Elsworth v. Yahoo, which raised important issues involving the possibility of access to the deceased's e-mail address by the heirs and countered equally important rights such as privacy and inheritance rights. As demonstrated, the solutions found to resolve these conflicts are provisional in the face of the complexity and novelty of the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Internet, Digital assets, Fundamental rights

¹ Doutora em Direito FDUSP e Ottawa University - CAPES/PDEE, livre-docente pela FDRP (USP). Pós Doutora em Direito Civil na Università degli Studi di Camerino (Itália) - FAPESP e CAPES.

² Especialista em Direito Civil pela FDRP (USP) e advogada.

1 Introdução

A internet está cada vez mais presente no dia-a-dia da sociedade. Devido à crescente popularização do universo digital, todos os segmentos sociais sofreram alguma modificação, em maior ou menor grau, seja nas relações de ensino, profissionais, empresariais, bancárias, comerciais, sociais, afetivas, familiares, etc. A tecnologia avançou rapidamente nas últimas décadas, descortinando um novo mundo sem fronteiras, e assim continua conduzindo um número cada vez maior de pessoas por vias digitais, cada vez mais modernas, cuja extensão ainda é desconhecida, e, ao que tudo indica, um caminho sem volta. Desse modo, urge para o Direito, como ciência social aplicada, a necessidade de regular os efeitos oriundos dessa nova realidade.

Em decorrência dos últimos avanços vivenciados pela sociedade, além do amplo acesso à informação proporcionado pela conexão à internet, os seus usuários passaram a se comunicar mais intensamente, seja por *e-mail*, por mensagens instantâneas, videoconferências, bem como se estabeleceram contratualmente nessa nova dimensão, comprando, vendendo, anunciando comercialmente bens corpóreos e incorpóreos (tais como *softwares*, aplicativos, arquivos digitais de músicas, filmes, fotografias, imagens digitalizadas, dentre outros recursos e serviços de aplicabilidade exclusivamente virtual¹). As relações interpessoais, também, foram potencialmente influenciadas pelo crescente uso de redes sociais, seja para uso recreacional, familiar ou profissional.

Os usuários têm se tornado cada vez mais dependentes da comunicação digital e das mídias sociais, e, em alguns casos, a *persona* digital é tão ou mais importante que sua identidade física (THE WHARTON SCHOOL, 2014).

Passadas já algumas décadas da difusão da internet, muitos de seus usuários passaram para o modo *offline* “*ad eternum*”², dando origem a novos desafios para o Direito e a sociedade. Hoje, além dos rituais fúnebres preexistentes, surgem novas formas de se relacionar com a morte, algumas, inclusive, bastante curiosas³, para não dizer assustadoras.

¹ Essa expressão é utilizada para identificar os recursos e serviços que exigem a conexão à internet para que os usuários tenham acesso.

² Eufemismo empregado para se referir à morte dos usuários da internet.

³ “A notícia de uma *start-up* russa de inteligência artificial que oferecerá um *chatbot* (simulador de um humano) para enlutados virou notícia no mundo todo (em inglês e em português). A possibilidade de simular o comportamento de alguém que já morreu a partir de seus rastros digitais, e manter a interação online pós-morte, foi antecipada pelo episódio “Be right back” da série *Black Mirror* – Netflix em 2013”. (MACIEL, Mariane. *Memórias digitais*. Disponível em: <http://vamosfalarsobreoluto.com.br/2016/10/24/memorias-digitais/>, acessado em 16.10.2016).

A ilustrar, antes da ampla digitalização de dados, documentos, arquivos de música, vídeos, dentre outras informações, e a virtualização das relações interpessoais, as pessoas costumavam deixar como legado de sua personalidade álbuns de fotografias, discos, fitas, *cds*, livros, lembranças anotadas nos versos das fotografias, ferramentas, anotações, correspondências, diários, arquivos e documentos empoeirados, recortes de jornais amarelados, etc.

Na atualidade, é muito provável que os nativos digitais⁴ não deixem rastros físicos, sob pena de desaparecer toda e qualquer informação sobre sua existência. As músicas e os filmes, por exemplo, se transmitidos em formato *streaming* por provedores de serviço *on-line* como *Spotify*, *Itunes* e *Netflix*, sem a necessidade de efetuar o download desses conteúdos, podem se perder por completo com a morte do usuário, nada restando para a posteridade⁵.

A própria Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) estabelece o direito à sucessão dentre os direitos e garantias fundamentais (art. 5º, inc. XXX da CF/88). Ademais, a importância jurídica dessa memória está diretamente relacionada ao meio ambiente digital, conceito este que vem sendo construído por vários doutrinadores brasileiros⁶. Na própria Carta Constitucional (art. 216 da CF/88), no bojo do conceito de patrimônio cultural, é possível identificar os efeitos produzidos pelo mundo digital e o seu valor cultural. Assim como são estabelecidos fundamentos e princípios aplicáveis ao meio ambiente digital no Marco Civil da Internet (art. 2º e 3º da Lei n. 12.965/2014). Nesse sentido, o trabalho está adequado ao GT para o qual se apresenta, ou seja, para colaborar com o debate sobre novas formas de propriedade, ou seja, o patrimônio digital.

⁴ Nativos digitais são definidos por John Palfrey e Urs Gasser, com base em três critérios: i) ter nascido depois de 1980; ii) ter acesso a tecnologias digitais; iii) deter habilidades com uma certa sofisticação de tecnologias digitais. TAVEIRA JÚNIOR, Fernando Tenório. *Proteção dos digital assets sob o enfoque dos direitos de personalidades*. 2015, p. 25. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19112015-161317/pt-br.php>. Acesso em: 2017-06-01).

⁵ Em 2012, foi noticiado na mídia nacional e internacional que Bruce Willis havia se espantado com o fato de que sua farta coleção musical adquirida por meio do aplicativo *Itunes* não poderia ser transmitida legalmente às suas filhas depois de sua morte, segundo os termos e condições de uso previstos pelo provedor. Inconformado, declarou que pretende ingressar judicialmente com uma ação para ampliar os seus direitos de adquirente. Disponível em: EICHLER, Anthony C. *Owning what you “buy”: how Itunes uses federal copyright law to limit inheritability of content, and the need to expand the first sale doctrine to include digital assets*. Houston Business and Tax Law Journal. 16 Hous. Bus. & Tax L. J. 208. 2016. Lexis Nexis Academic. Web. Acessado em 16.10.2017.

⁶ A título exemplificativo dessa doutrina: FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9 ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 252-253; e SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 20; TAVEIRA JÚNIOR, Fernando Tenório, *op. cit.*, p. 37.

Ainda, no que tange ao conceito de meio ambiente digital, vale mencionar a ideia de *patrimônio digital*, desenhada por Jorge Montealegre Iturra (2012, p. 400), da *Universidad de Santiago de Chile*:

A colaboração individual – esporádica, espontânea, aficionada – é recolhida na rede de *ciberperiodismo*, que cumpre um trabalho mediador ao ocupar-se de conhecer, arquivar e encontrar as imagens produzidas pela sociedade para, por sua vez, compartilhá-las novamente. Nessa ação são dados novos significados, seja porque muda aquele que a descreve, ou o suporte de difusão, ou são a elas agregados comentários. São as imagens de acontecimentos vividos indiretamente destinados a serem instalados na memória. (...) **à medida que o acesso à informação e ao conhecimento se torna universal, esse universo será “um lugar da memória”, um depósito patrimonial, que deveria estar disponível para as futuras gerações de investigadores** (tradução livre e grifo nosso).

Contudo, “as pegadas digitais” (*digital footprint*)⁷ deixadas pelos usuários da internet ainda podem ser de variadas formas: arquivos de imagens, fotografias, vídeos, textos, músicas, contratos, documentos digitalizados, etc., salvos em pastas do seu *hard-drive* (interno ou externo), *pendrives*, ou em nuvem.

Contas de *e-mail*, perfis em redes sociais, blogs, *sites*, domínios na internet, etc., também poderão ficar armazenados em rede. A todos esses itens digitais, peculiares do *cyber space*, caracterizado pela interconexão das redes de dispositivos interligados em escala global, incluindo seus documentos, programas e dados, dá-se o nome de *digital assets*.

Definir os contornos dos *digital assets* não é tarefa fácil. Novos usos da internet são constantemente criados, logo, qualquer conceito precisa ser amplo o suficiente para evoluir com as inovações *on-line* e claro o bastante para que os operadores do Direito, provedores de serviço de internet, e o público, em geral, possam entender o que nela está incluído.

Uma definição (HAWORTH, 2014, p. 535) para *digital assets*, em sentido amplo, é: a) informação criada, gerada, enviada, comunicada, recebida, ou armazenada por meios eletrônicos em um dispositivo ou sistema digital que forneça informações digitais e inclua um direito contratual; e b) um sistema eletrônico para criar, gerar, enviar, receber, armazenar, exibir ou processar informações que o titular da conta tem o direito de acessar.

Observa-se que o primeiro desafio que o tema apresenta é a própria questão terminológica (TAVEIRA JÚNIOR, 2015, p. 37), considerando as particularidades linguísticas

⁷ Esse termo é utilizado por Sandi S. Varnado (VARNADO, Sandi S., da Faculdade de Direito da Universidade Loyola de New Orleans, nos EUA (Your digital footprint left behind at death: na illustration of technology leaving the law behind - Louisiana Law Review – Spring, 2014 – 74 La. L. Rv. 719. Lexis Nexis Academic. Web. Acessado em 01.06.2017), e por Sasha Klein e Mark R. Parthener no artigo “Plan ahead: protect your #digitalfootprint. The Florida Bar Journal. January, 2015. 89 Fla. Bar J. 51. Lexis Nexis Academic. Web).

e sistêmicas do *common law*, sugere-se a utilização do termo “*patrimônio digital*” para designar os *digital assets* em sentido amplo, e o termo “*bens digitais*”, em sentido estrito.

Portanto, essa pesquisa tem por objetivo central analisar o fenômeno denominado *Digital Assets* no cenário jurídico-constitucional brasileiro. Como objetivos secundários, pretende-se: analisar a proposta conceitual dessa expressão, bem como sua função socioeconômica na sociedade informacional; levantar alguns projetos de lei brasileiros sobre o tema para constatar a (in)suficiência da tutela do patrimônio digital no Direito brasileiro; por fim, propor algumas alternativas para que o ser humano seja tutelado em sua dignidade humana, na medida em que é um direito humano a proteção ao pleno desenvolvimento humano.

Para tanto, serão utilizados os métodos indutivos e dedutivos, partindo-se do levantamento bibliográfico sobre o tema, para construir aspectos gerais e específicos para resolver algumas questões sobre o tema. Além disso, utiliza-se, também, o método comparativo, pois o Direito estrangeiro, notadamente o norte-americano e inglês, já tem avanços importantes a serem considerados sobre *Digital Assets*.

De fato, tratando-se de tema afeto ao Direito Digital, até mesmo por razões históricas relacionadas à internet, não é de se espantar que os estudos britânicos e norte-americanos estejam muito mais à frente que os dos demais países. Desse modo, o embasamento em direito estrangeiro, bem como a menção de termos utilizados em língua inglesa se justificam pela insuficiência de material no ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil, existem, atualmente, somente dois projetos de lei que tratam diretamente de sucessão de bens digitais no parlamento brasileiro: o Projeto de Lei n.º 4.099, de 2012, proposto pelo Deputado Jorginho Mello, e o Projeto de Lei n.º 4.847, de 2012, proposto pelo Deputado Marçal Filho. O primeiro prevê o acréscimo de um parágrafo ao art. 1788, do Código Civil, prevendo que *serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança*. O segundo projeto propõe a alteração do Código Civil, prevendo uma definição para herança digital e sua abrangência⁸.

Desse modo, não obstante os sistemas jurídicos do Brasil e dos EUA sejam diferentes, isto é, o primeiro do *civil law* (direito romano com influências germânicas), e o segundo, do *common law*, é natural que ante à globalização intensificada pela internet, associada ao fato de ambos os países apresentarem mesmo modelo econômico, notadamente capitalista, é

⁸ Para conferir na íntegra esses projetos de lei: Projetos de lei disponíveis no *site* da Câmara dos Deputados, em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>; e <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1013990.pdf>. Acessados em 02.06.2017.

interessante e muito útil investigar as regras gerais e universais praticadas nesses países no âmbito digital, pois que, geralmente, influenciam as regras de prestação de serviços de empresas que fornecem aplicações de conteúdo disponibilizada em nível global, incluindo o Brasil.

Ao tratar da ciência comparativa, destaca-se que, ainda na segunda metade do século XIX, foi fundada a Sociedade de Legislação Comparada (*Société de Législation Comparée* – 1869) por Laboulaye, e, após a Primeira Guerra Mundial, criou-se em Roma o instituto *Unidroit*, que hoje integra a Organização das Nações Unidas, com o objetivo de *promover a uniformização do Direito Privado* (LIMA, 2010).

Nesse contexto global, o método comparatista torna-se importante ferramenta que possibilita o preenchimento de lacunas por meio da construção dogmática, a qual, segundo Tullio Ascarelli (*apud* MARTINS, 2000, p. 94): “[...]constitui um instrumento para resolver os novos problemas que a vida vem propondo, mantendo a necessária continuidade ideal entre as soluções já aceitas e as que são propostas para os novos problemas [...]”.

Como pano de fundo deste artigo, será apresentado o emblemático caso norte-americano *John Ellsworth v. Yahoo*⁹, que traz em seu bojo a solicitação feita pelo pai de um jovem soldado morto no Iraque ao provedor de serviço de correio eletrônico *Yahoo* para ter acesso ao conteúdo do *e-mail* do filho falecido.

No referido caso, depois de o provedor *Yahoo* ter negado o pedido de *John Ellsworth*, a Justiça do estado norte-americano de Michigan decidiu que o provedor deveria enviar ao autor cópia de todo o conteúdo do *e-mail* de *Justin Ellsworth*, em formato digital (gravado em *cd*) e impresso.

O *Yahoo* optou por não recorrer contra a decisão, cumprindo a ordem judicial. Essa decisão, proferida em 20 de abril de 2005, teve ampla divulgação e levantou muitos questionamentos sobre o assunto, em especial, sobre a possibilidade ou não de os herdeiros terem acesso à conta de *e-mail* do usuário falecido e as consequências de uma direção ou outra.

Diante de tantas polêmicas e da relevância do tema, esse artigo justifica-se na medida em que procura enfrentar esses questionamentos, buscando apresentar, ainda que de modo perfunctório, os avanços obtidos em relação ao estudo da destinação do *e-mail post-mortem*, situação que impõe a ponderação de direitos e garantias fundamentais, notadamente, o direito à intimidade e à privacidade, de um lado; e, o direito à herança, de outro.

⁹ *In re Ellsworth*, No. 2005-296,651-DE (Michigan Probate Court, May 11, 2005) (CUMMINGS, Rebecca G., The case against access to decedent’s e-mail: password protection as an exercise of the right to destroy. Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol15/iss2/5/>. Acessado em 30.05.2017).

2 *Digital assets*: problemática em torno de seu conceito e de sua utilização econômica

Evan Carroll (2013) explica que os *digital assets* não são novidade; mas, até pouco tempo atrás, poucos lidavam com este conceito. Quando os usuários de internet tinham todos os seus arquivos armazenados em seus próprios computadores no trabalho, por exemplo, não se dissociava a figura deles à do computador, que é um bem tangível. Porém, com a computação em nuvem, *e-mails* e tudo mais, estão espalhados por toda a parte.

Samantha D. Haworth (2014, p. 538) apresenta quatro categorias nas quais podem se incluir os denominados *digital assets*, quais sejam:

(1) **informações de acesso**, como números de conta, senhas e informações de log-in. Esse tipo de *digital assets*, vale frisar, não é um bem em si mesmo, mas torna-se um meio para acessar outros ativos¹⁰; (2) **bens digitais tangíveis**, que incluem fotografias, arquivos em formato pdf, documentos, *e-mails*, extratos de contas de poupança on-line, nomes de domínio e postagens de blog. Importante observar que esse tipo de *digital assets* não é tangível no sentido físico, mas pode tomar essa forma, sem deixar de ter a versão digital. São arquivos que provavelmente podem ser nomeados e transferidos para outro, como imprimir uma foto, um *e-mail* ou receber um cheque pelo valor de uma conta de poupança on-line. Esses ativos podem ter valor financeiro, cultural ou sentimental; (3) **ativos digitais intangíveis**, difíceis de conceituar, os ativos intangíveis são “likes” no Facebook, perfis de sites e comentários ou comentários deixados em um blog. Esses, segundo a autora, provavelmente precisarão ser excluídos ou fechados; e (4) **metadados**, consistentes em dados armazenados eletronicamente em um documento ou em um site, como um o histórico de acesso dos dados, etiquetas de localização, texto oculto, histórico do autor, dados excluídos, códigos e muito mais. Esses dados são coletados pela maioria dos sites cada vez que um usuário da internet clica em um *link*.

Como se vê, embora ainda não sejam apercebidos pela maioria a importância dos *digital assets*, esses integram parcela significativa do patrimônio. A autora destaca estudo recente, que revelou que o norte-americano, em média, avalia seu patrimônio digital em quase US\$55.000,00 (cinquenta e cinco mil dólares). Itens digitais podem ser, também, muito inusitados, como, por exemplo, uma espada virtual de US\$17.000,00 (dezesete mil dólares) para ser utilizada em jogo *on-line*.

Já, no Brasil, segundo pesquisa feita pela McAfee (*Olhar Digital*, 2012) atribuiu-se ao patrimônio digital, distribuído em vários de seus dispositivos digitais, o valor médio de R\$ 238.826,00. Esse valor foi maior que o percebido em todos os demais países pesquisados (Alemanha, Austrália, Canadá, Espanha, EUA, França, Holanda, Itália, Japão e Reino Unido).

¹⁰ Por exemplo, uma senha de *login* em uma conta de comércio eletrônico torna o acesso aos investimentos subjacentes mais fácil. Os testadores legarão o investimento em si, não as informações de *login*.

Esses ativos incluem: arquivos de entretenimento (*downloads* de música, por exemplo), memórias pessoais (como fotografias), comunicações pessoais (*e-mails* ou anotações), registros pessoais (saúde, finanças e seguros), informações de carreira (currículos, carteiras, cartas de apresentação, contatos de *e-mail*), passatempos e projetos de criação, os quais, vale ressaltar, podem estar todos ocultos em contas de *e-mail*.

Se o assunto morte é comumente evitado e temido pela humanidade (HIRONAKA, 2014, p. 105), a situação se agrava sobremaneira em países jovens, como o Brasil, que, apesar de começar a conviver com um número maior de população idosa¹¹, ainda hoje apresenta grande resistência em testar bens deliberadamente, ou, então, em procurar a ajuda de um profissional para a elaboração de um planejamento sucessório (SCHNEIDER; SARTORI, 2015). O que dizer então sobre a destinação dos *digital assets* para a posteridade¹².

3 Caso *John Ellsworth v. Yahoo*

Em 13 de novembro de 2004, aos vinte anos de idade, *Justin Ellsworth* morreu enquanto servia às Forças Armadas dos EUA no Iraque, em Al Anbar. *Justin* reunia os momentos vivenciados naquela arriscada missão para a posteridade, relatando-os aos familiares e amigos por meio de *e-mails*, que eram periodicamente enviados do Iraque¹³.

Ante essa tragédia familiar, *John* quis acessar a conta de *e-mail* do filho para poder coletar informações sobre o período em que aquele esteve no Iraque, para dar continuidade ao desejo do filho, homenageando-o¹⁴, mas, depois de ter feito inúmeras tentativas para descobrir a senha do *e-mail* do filho, solicitou o acesso à conta de *e-mail* do filho ao *Yahoo*, que recusou o pedido. Inconformado, *John* ingressou judicialmente contra o *Yahoo*, a fim de obrigar o provedor a permitir o acesso ao conteúdo do *e-mail* do filho.

¹¹ Dados do IBGE revelam que em 2022 a população idosa do Brasil poderá ultrapassar os 30 milhões de pessoas e deverá representar quase 13% da população ao final deste período <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtm>

¹² Laura McCarthy, em artigo da Universidade de Boston, nos EUA, assinala que quem não tem consciência dos seus bens digitais, ou que não planeja a sua transferência depois de sua morte deixarão seus herdeiros impossibilitados de acessar suas contas *online* e transferir seus *digital assets* (Tradução livre) (MCCARTHY, Laura. *Digital assets and intestacy*. Boston University Journal of Science & Technology Law. 21 B.U.J.SCI.& TECH. L. 384. Lexis Nexis Academic. Web. Acessado em 16.10.2016)

¹³ Para detalhes dessa notícia cf. BBC NEWS. *Who owns your e-mails?* Disponível em: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/4164669.stm. Acesso em: 29 de abril de 2017.

¹⁴ Nesse sentido, veja o site elaborado para homenagear Justin Ellsworth, reunindo dados sobre sua missão no Iraque, bem como a repercussão do caso *John Ellsworth v. Yahoo* Disponível em: <http://www.justinellsworth.net/email/Yahooofight.htm>. Acesso em: 29 de abril de 2017.

Em 20 de abril de 2005, o Juiz Eugene Arthur More, do Condado de Oakland, de Michigan, ordenou ao *Yahoo* que entregasse todo o conteúdo armazenado na conta de *e-mail* de Justin (incluindo todas as mensagens, documentos e fotos). Um mês depois de ter ingressado com o pedido, *John Ellsworth* reportou àquela corte ter recebido do *Yahoo* um *cd* com todo o conteúdo da conta do filho e mais de dez mil páginas desse material impresso. Dentre o material recebido, o pai de *Justin* encontrou correspondências de pessoas que ele sequer havia ouvido falar antes.

No bojo da petição de *John Ellsworth* (HARBINJA, 2010), segundo Rebecca Cummings, não foram alegados motivos sentimentais; antes, justificou-se o pedido de acesso ao *e-mail* de *Justin* por ali conter informações relativas à administração, liquidação e assuntos internos do “testamento”, incluindo a informação de que poderia ser útil para determinar os ativos e passivos do mobiliário, ou preparação de imposto de renda, ou outros documentos para o falecido ou a propriedade.

Passados mais de treze anos, nenhum outro caso chamou tanto a atenção do público. Desde então, deu-se início a muitas discussões em torno da natureza jurídica do *e-mail* e a sua destinação depois da morte do usuário, bem como a um grande impulso nos EUA para legislar sobre o assunto, principalmente, no sentido de se conceder acesso aos ativos digitais.

Embora tenha sido um *leading case*, no sentido de ter sido concedido o conteúdo do *e-mail* de usuário falecido ao destinatário da herança, este foi um julgado que mais trouxe perguntas que respostas. Isso porque, apesar de o pai de *Justin Ellsworth* ter tido acesso a todo conteúdo do *e-mail* do seu filho, o juiz do caso não pediu a transferência do nome de usuário e senha da referida conta de *e-mail* do *Yahoo*, mas sim a transmissão de todo o conteúdo por meio de cópias digitalizadas gravadas em *cd* e impressas.

Os termos de serviço do *Yahoo* proíbem o acesso por terceiros ao conteúdo do *e-mail* de usuário falecido. E como a transmissão de comunicações pessoais sem ordem judicial é proibida por lei nos EUA, o *Yahoo* só o fez a partir da decisão mencionada.

Edina Harbinja (2010) fez duas interpretações para justificar o resultado do caso *Ellsworth*: a primeira é que o *Yahoo*, como provedor de *e-mail*, apenas cumpria a função de armazenar tal conteúdo, sem obter a propriedade, e, assim como seriam protegidas as tradicionais cartas manuscritas, com a morte do usuário, o *Yahoo* se viu na obrigação de transferir aquele conteúdo aos herdeiros do falecido, a quem pertencem os direitos autorais.

A segunda, menos provável, consideraria o falecido como proprietário dos *e-mails* enquanto vivo, e, diante de sua morte, esse direito seria transmitido aos seus herdeiros, pois o direito de herança desses se sobreporia aos termos contratados pelo falecido, estabelecidos unilateralmente pelo *Yahoo*. Segundo Harbinja (2010), essa justificativa se mostra menos plausível, porque tudo indica que o tribunal considerou o *Yahoo* como proprietário do conteúdo dos *e-mails* ao ordená-lo a apenas divulgar o conteúdo do *e-mail* aos herdeiros, em razão do direito de herança daqueles.

4 Possibilidade de acesso aos *e-mails* do falecido pelos herdeiros

Para saber qual destino será dado ao *e-mail* (à conta e ao seu conteúdo) do usuário falecido, coloca-se uma primeira questão, estão os *digital assets* sujeitos à transmissão *causa mortis*, isto é, eles possuem a natureza jurídica de propriedade? Esse ponto tem sido amplamente discutido no sistema *common law*, e permanece controverso.

O direito britânico tem caminhado no sentido de rejeitar essa premissa. No caso *Fairstar Heavy Transport N. V. v. Adkins*¹⁵, o magistrado Edwards-Stuart concluiu que *e-mails* não são considerados como propriedade.

A disputa envolveu o interesse da empresa *Fairstar* em se declarar proprietária de importantes mensagens eletrônicas enviadas ao *e-mail* pessoal de *Adkins*, seu ex-funcionário, cujos *e-mails* foram por ela excluídos do servidor. Contudo, ainda que o objeto *sub judice* tenha sido diverso de acesso *post-mortem* a *digital assets*, as argumentações feitas em primeiro grau pelo juiz Edwards-Stuart foram muito importantes para o desenvolvimento da discussão sobre a natureza jurídica do *e-mail*.

Segundo Edward-Stuart, uma carta, consistente em *papel e tinta de caneta*, é evidentemente um objeto que pode ser apropriado. Todavia, no seu entender, isso não significa que a informação por ela transmitida seja também propriedade sujeita à cobrança por parte do proprietário (HARBINJA, 2010). Segundo seu entendimento, o direito de propriedade em relação ao conteúdo do *e-mail* não pertence aos remetentes nem aos destinatários, então, concluir-se-ia que os herdeiros não podem exigir cópias nem acesso a tais *e-mails* dos

¹⁵ *Fairstar Heavy Transport NV v. Adkins*, [2012] EWHC (TCC) 2952 [58] (Eng).

provedores de correio eletrônico de *e-mail*, mesmo supondo que esse conteúdo ainda fique disponível após a morte do usuário, isto é, que não tenha sido excluído.

O direito norte-americano, por sua vez, caminha em direção oposta, no sentido de reconhecer a natureza jurídica de propriedade do *e-mail*, e os debates gerados são variados, incluindo aqueles que, mesmo reconhecendo essa premissa, são contrários ao acesso aos *e-mails* pelos herdeiros. O *leading case Ellsworth v. Yahoo* serviu para ilustrar as escolhas difíceis envolvidas.

Para quem acredita que os *e-mails* passam a ser propriedade do prestador de serviços *on-line*, Darrow e Ferrera (2012) equiparam essa prestação à relação contratual do depósito para explicar a relação entre o titular da conta e o prestador de serviços. Além disso, os autores fazem analogias aos contratos de armazéns e cofres, comparando o serviço de provedor de *e-mail* ao serviço de armazenar mercadorias em um armazém, ou em uma caixa de depósito de seguro. De acordo com essa argumentação, o usuário é o proprietário do conteúdo do *e-mail*, enquanto a posse é transferida para o provedor de serviço de *e-mail*. E vão além, comparam um herdeiro sem a senha do *e-mail* a um herdeiro que não consegue localizar o recibo de depósito ou chave para o cofre, que, nessa situação, pode obrigar que o cofre seja aberto. Por conseguinte, concluem que, em caso de morte do usuário, herdeiros devem ser capazes de herdar *e-mails*, assim como herdariam cartas particulares e outros bens do falecido.

Em regra, acredita-se que a mensagem de *e-mail* é produto da criatividade do seu autor, e, como tal, deve ser considerada parte integrante de sua propriedade, assim como os direitos autorais inerentes à mensagem contida em uma carta física (de papel e tinta).

Nos Estados Unidos da América, e, até mesmo no direito britânico, é farta a jurisprudência que reconhece que o autor de uma carta física se presume proprietário dos direitos autorais da mensagem por ele ali escrita, mesmo se a mensagem física for enviada para outro. Contudo, o ponto controverso reside na possibilidade de aplicação deste entendimento para o *e-mail*, e mais, questiona-se se a propriedade daquele conteúdo se transfere depois de enviados os *e-mails*, seja para a pasta de “*e-mails* enviados”, mantida e armazenada pelo provedor (em nuvem), bem como a terceiros (por meio de envio direto ou compartilhamento múltiplo).

Um amigo de *Justin Ellsworth*, por exemplo (CUMMINGS, 2014), não pode publicar um livro que inclua *e-mail* de autoria de *Justin* sem permissão de seu proprietário. Assim, o direito de propriedade do usuário em relação aos direitos autorais de seu *e-mail* é

inquestionável. Contudo, o acesso a esses direitos autorais do usuário por seus herdeiros (novos proprietários daquele conteúdo), segundo correntes favoráveis à essa transferência, não é o maior problema, e sim, a possibilidade de acesso às cópias de mensagens protegidas também por direitos autorais de terceiros que se comunicavam com o falecido.

Darrow e Ferrera (2012) argumentam que os provedores de *e-mail* se referem ao dever de manter a privacidade dos *e-mails* até mesmo depois da morte dos usuários, pois, segundo eles, o usuário contrata o serviço do provedor para garantir a privacidade de sua conta de *e-mail*, o contrato para protegê-la sobrevive à morte do titular da conta.

Discute-se na doutrina, em especial no contexto de casos como o de *Ellsworth v. Yahoo*, situações em que o falecido poderia ter desejado ocultar certos aspectos de sua intimidade, como sexualidade, condutas socialmente repudiadas, etc.

A rebater esse temor, Darrow e Ferrera (2012) destacam que fotografias, diários e cartas particulares, pacificamente sujeitas à transmissão *causa mortis*, podem conter informações igualmente particulares e, até mesmo, constrangedoras relativas ao falecido e a terceiros.

Argumenta-se, ainda, que, na prática, havendo interesse dos herdeiros, mostra-se pouco provável que um tribunal atenda aos desejos dos mortos em detrimento dos vivos, que *continuam a sofrer angústia emocional* (EDWARDS; HARBINJA, 2013).

Segundo Rebecca Cummings (2014), os argumentos favoráveis se dividem em dois grupos: o primeiro, consistente em facilitar o acesso e diminuir o fardo dos herdeiros; e o segundo, que declara que o *e-mail* é propriedade do falecido, seja sentimental e insubstituível, valioso ou ambos, e, portanto, a família do falecido tem o direito de herdar essa propriedade (CUMMINGS, 2014).

Quanto ao primeiro grupo, justifica-se o acesso ao *e-mail* dos falecidos pelos herdeiros, pois, sem ele, tornar-se-ia praticamente impossível a identificação e a localização dos *digital assets*, prejudicando de modo significativo o procedimento sucessório, tendo sido esse, inclusive, o argumento utilizado pelo advogado de *John Ellsworth*.

O segundo grupo justifica o acesso ao *e-mail* do falecido com base na premissa de que se o *e-mail* é propriedade do falecido, está, portanto, sujeito à distribuição aos herdeiros ou beneficiários.

Para aqueles que argumentam que a defesa do direito à privacidade *post mortem* afasta a possibilidade da herdar *e-mails* do falecido, dois pontos primordiais devem ser levados em

conta: primeiro, a má qualidade dos termos e serviços previstos pelos provedores de serviços *on-line*, em especial, os de correio eletrônico, que não respeitam propriamente os direitos do consumidor; e, segundo, o estranhamento do sistema *common law* em privilegiar as vontades dos mortos em detrimento dos interesses dos vivos.

A privacidade *post mortem* não é um termo natural da arte da disciplina de matéria sucessória, nem mesmo dos estudos de privacidade. No entanto, está emergindo como um tema de preocupação geral.

Em sistemas *common law*, costuma vigorar o princípio *actio acetio personalis moritur cum persona*, isto é, a ação pessoal extingue-se com a pessoa (EDWARDS; HARBINJA, 2013). Já no âmbito do sistema *civil law*, as nações correspondentes, em sua maioria, são mais inclinadas a reconhecer a persistência dos direitos para proteger a reputação após a morte e especialmente em proteger a integridade de sua criação após a morte.

No entanto, há exemplos de representantes do *civil law*, como a França, que já adotou posição diversa. Nesse país, foi decidido no caso de *Éditions Plon v. France* que "*o direito de agir relativamente à privacidade desaparece quando a pessoa em questão, o único titular desse direito, morre*" (EDWARDS; HARBINJA, 2013).

Muitos problemas práticos são criados a partir do momento em que os desejos do falecido são privilegiados, tais como (EDWARDS; HARBINJA, 2013):

- (1) Para quem o falecido dará consentimento para usar os seus dados pessoais, quais herdeiros ou representantes, e por quanto tempo?
- (2) Os herdeiros necessários são livres para consentir com o uso dos dados do autor da herança, ou ficam restritos aos desejos manifestados pelo falecido?
- (3) Como podem os conflitos entre diferentes membros da família ser resolvido, ou membros da família e parceiros ou amigos?
- (4) Como prestadores de serviços poderão saber se solicitações são genuínas e legais?
- (5) Apresentados os documentos e as informações exigidas para prestador de serviços, como eles saberão se são verdadeiros?

Entre os doutrinadores que consideram que o conteúdo do *e-mail* é propriedade do usuário da conta, mas que esse direito não se transfere aos herdeiros, tampouco ao provedor, está Rebecca Cummings (2014), a qual defende que o usuário de *e-mail*, ao proteger sua conta com uma senha para evitar acesso não autorizado, deixa claro que não quer transmitir esses dados a ninguém. Conforme defendido por esta autora, ao proteger sua conta, exerce o direito de ter o conteúdo de sua conta destruído após sua morte.

Além disso, no caso específico de *John Ellsworth*, argumenta que o filho de *John*, ao se cadastrar na conta do *Yahoo*, concordou com os termos de serviço por ele estipulados, os

quais previam claramente que a conta era intransferível e que todos os direitos relacionados à conta, bem como todo o conteúdo ali armazenado seriam extintos depois da morte do usuário.

Contudo, esses argumentos são frágeis, ao passo que os termos de serviços são unilateralmente construídos, com cláusulas turvas e confusas, e não permitem, até o momento, expressar clara intenção acerca da destinação que será dada ao *e-mail* depois da morte do usuário.

Os termos de serviço propostos pelos provedores de *e-mail* diferem muito uns dos outros, alguns com maior tendência em possibilitar o acesso a *digital assets* aos herdeiros, outros, menos (como o *Yahoo*), mas, em todos os casos, são insuficientes e incertos a adotar uma posição ou outra.

O ponto em comum entre os três principais provedores de correio eletrônico (*Google – Gmail; Microsoft – Outlook; e Yahoo*) é que todos declaram não ter a posse em relação ao conteúdo da conta de *e-mail* em maior ou menor grau em seus respectivos termos de serviço, contudo, diferem em suas políticas no tocante ao acesso a esse conteúdo depois da morte do usuário.

Quanto à propriedade, muitas pessoas acreditam que a transferência do seu patrimônio é importante para preservar os seus ativos, de modo a dar suporte financeiro e emocional para as futuras gerações. Assim, tem-se que a herança é um direito fundamental de propriedade.

Como se vê, a definição da natureza jurídica do *e-mail* tem importantes reflexos, e, por conseguinte, muitas perguntas para poucas respostas. Esse debate não se detém ao simples fato de respeitar o luto da família, garantindo-lhe o direito de herança, ou, então, em contrapartida, o direito de destruir o *e-mail*, mas questões de maior relevância, ainda não enfrentadas, como a criação de monopólios de dados por parte dos provedores de serviços *on-line*, que podem acarretar a subtração indevida de dados pessoais, destruição de patrimônio, e, também, da memória.

Na verdade, a posição dos provedores de serviço *on-line* não é nada confortável, pois, se alterarem sua política a favor do acesso eles correm o risco de serem difamados por se mostrarem inconsistentes em negar privacidade a informações privadas, e, ao mesmo tempo, se continuarem a obstar esse acesso, serão considerados insensíveis.

No bojo da argumentação de que o conteúdo do *e-mail* não deve ser entregue aos sucessores por serem informações privadas, e que, dessa forma, devem ser protegidas como

tais, há quem defenda¹⁶ que a permissão de acesso ao conteúdo do *e-mail* após a morte de seu usuário acaba favorecendo a política dos provedores de correio eletrônico, pois incentivaria o aumento da utilização deste serviço, bem como suscitaria maior criatividade por parte de seus usuários, caso quisessem deixar algo verdadeiramente oculto.

Cumpra-se destacar que, a fim de contornar essa proibição, muitos recorrem a meios alternativos, alguns politicamente incorretos, como a inclusão de nomes de usuário e senha em seus testamentos, contrariando cláusulas proibitivas desse sentido, a contratação de *hackers* para obter acesso aos conteúdos negados pelos provedores, entre outros.

5 Conclusão

Ante todo o exposto, pode-se concluir que a sociedade como um todo está apenas começando a sentir os reflexos da internet, não mais como uma novidade tecnológica, mas, precipuamente, como ferramenta potencialmente transformadora do meio em que vivemos.

Diversos obstáculos são apresentados, sem que se cogite dar um passo que seja para trás. Os benefícios da internet são percebidos diariamente, e, com o passar do tempo, começam, também, a serem enxergados os inúmeros riscos.

Faz-se necessária uma nova forma de lidar com tudo aquilo que já fazia parte do mundo analógico, buscando diminuir os riscos, e a morte é uma delas.

Nesse caso, em especial, são colocados lado a lado importantes direitos, conquistados com muita luta e debate, e que não podem ser descartados, devem ser, assim como todos os demais elementos, vistos com novos olhos, sem deixar de focar no essencial à sociedade e aos indivíduos.

Algumas soluções provisórias são sugeridas com o fim de respeitar a privacidade dos mortos, no tocante ao acesso dos seus *e-mails*. São ditas provisórias porque não solucionam todos os problemas que existem, e, tampouco, os que ainda estão por vir.

A primeira medida consiste na uniformização das regras internacionais de modo a definir consensualmente os requisitos que deverão ser exigidos dos provedores de correio eletrônico para que seja concedido o acesso à conta e ao conteúdo de *e-mail* aos verdadeiros

¹⁶ Rebecca Jeschke defende a posição adotada pelos provedores de serviço online. Veja JESCHKE, Rebecca *apud* VARNADO, Sandi S. *Your Digital Footprint Left Behind at Death: An Illustration of Technology Leaving the Law Behind*. Spring, 2014, Louisiana Law Review. 74 La. L. Rev. 719. Lexis Nexis Academic. Web. Acessado em 01°.06.2017.

representantes sucessórios do falecido. Em contrapartida, os provedores devem garantir que o conteúdo pertencente à conta do falecido será mantido por tempo razoável após a morte do usuário, a permitir que sejam acessados pelos herdeiros, seja para poderem decidir sobre a sua destinação, seja para que tenham tempo suficiente para aguardar ordem judicial permitindo o acesso, antes de os dados serem permanentemente destruídos.

A segunda medida é a criação de departamento especializado em cada provedor de serviço *on-line* para esclarecer aos usuários de *e-mail* qual a política *post-mortem* adotada e as consequências.

A terceira, refere-se aos serviços já existentes no mercado para atender à essa demanda social, consistentes em oferecer "armários virtuais de senha", como o *Entrustet*, *LifeEnsured*, *My Digital Executor*, *Final Fling*, etc.

A última medida sugerida é a educação e o treinamento do público em geral, a fim de criar a consciência desses desdobramentos gerados pelo uso de *e-mail* para depois da morte. Prestadores de serviços devem elaborar cláusulas para a política *post-mortem* de modo mais claro possível, bem como treinar suas equipes para responder a estas questões, para oferecer ajuda aos usuários.

São medidas importantes, mas nelas não são enfrentadas importantes questões da atualidade como o monopólio de dados pessoais por parte dos provedores de serviços *on-line*, que em nenhum momento são cobrados sobre o destino que é dado a essas informações pessoais dos usuários da internet.

Conforme demonstrado, são muitas as discussões existentes sobre a possibilidade de os herdeiros terem acesso aos *e-mails* do usuário falecido, e no que concerne ao respeito à vontade daquele, fala-se no direito de ter o conteúdo destruído manifestado em vida. Ainda que fosse levado em consideração somente esse desejo, em detrimento de todos os demais elementos que justificam o acesso, muitas dúvidas restariam acerca dessa destruição efetiva, pois, sabe-se que esses dados permanecem sob controle da rede, armazenados para fins econômicos e de terceiros.

Assim, no tocante à possibilidade de herdar *e-mails*, ao defendermos o direito à privacidade na era digital, seja dos vivos ou dos mortos, é importante ter em mente que antes de ser mera escolha política por parte dos provedores de serviços *on-line* ou direito pessoal do usuário de *e-mail* já falecido, trata-se, também, de atender ao interesse social, no sentido de se

preservar a memória e a história de um indivíduo, que, por conseguinte, forma a memória da geração e da coletividade da qual fez parte.

Dessa forma, numa análise preliminar, a transferência do conteúdo do *e-mail* aos herdeiros após a morte do usuário revela-se necessária. Não obstante os pontos contrários a essa medida, respeitáveis e dignos de apreciação, os dados do falecido estariam mais protegidos com os herdeiros, pois, se “excluídos” pelo provedor, tornar-se-iam inacessíveis aos herdeiros, mas, provavelmente, disponíveis para o mercado da internet. Ao menos, se identificados pelos herdeiros os direitos de autoria, por exemplo, relacionados àquele conteúdo, seriam mais respeitados e cobrados pelos herdeiros. Ao passo que se ficarem apenas à disposição dos provedores, os dados pessoais e demais direitos contidos na conta de *e-mail* do falecido seriam facilmente “subtraídos” e comercializados, em desrespeito ainda maior ao falecido.

Por fim, cumpre assinalar que a indisponibilidade dos dados contidos no *e-mail* do usuário falecido não é uma perda somente para os seus herdeiros, mas, também, e, especialmente, para a sociedade como um todo, na medida em que se perde um pedaço da história.

5 Referências bibliográficas

BBC NEWS. **Who owns your e-mails?** Disponível em: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/magazine/4164669.stm. Acesso em: 29/04/2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulga a Constituição da República Federal do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28/10/2016.

_____. **Lei n. 12.965**, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 28/10/2016.

_____. **Projeto de Lei n. 4.099**, de 2012. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Garante aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais. Autoria do Sr. Deputado Jorginho Mello (PSD/SC), apresentado em 20.06.2012, aguardando apreciação pelo Senado Federal (<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114625>). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em 10/10/2016.

_____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/25072002pidoso.shtm>. Acessado em 30/05/2017.

CUMMINGS, Rebecca G. The case against access to decedent's e-mail: password protection as an exercise of the right to destroy. *In: 15 Minn. J.L. Sci. & Tech.* 897 (2014). Disponível em: <http://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol15/iss2/5/>. Acessado em 30/05/2017.

EICHLER, Anthony C. Owning what you "buy": how Itunes uses federal copyright law to limit inheritability of content, and the need to expand the first sale doctrine to include digital assets. *In: Houston Business and Tax Law Journal*, vol. 16 (2016) 208. Lexis Nexis Academic. Web. Acessado em 16/10/2017.

ELLSWORTH, Justin Mark. **Lance Corporal Justin Mark Ellsworth - memorial**. Disponível em: <http://www.justinellsworth.net/e-mail/Yahoofight.htm>. Acesso em: 29/04/2017.

FERRERA, Gerald R; DARROW, Jonathan J. **Who owns a decedent's e-mails: inheritable probate assets or property of the network?** Disponível em: <http://www.nyujlpp.org/wp-content/uploads/2012/11/darrow-ferrera-who-owns-adeccents-e-mails-inheritable-probate-assets-or-property-of-the-network.pdf>. Acesso em: 15/04/2017.

HARBINJA, Edina. **Does the EU data protection regime protect post-mortem privacy and what could be the potential alternatives?** Disponível em: <https://scripted.org/article/eu-data-protection-regime-protect-post-mortem-privacy-potentialalternatives/>. Acesso em: 15/04/2017.

_____. **Legal nature of e-mails: a comparative perspective**. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1290&context=dltr>. Acesso em: 29/04/2017.

_____; EDWARDS, Lilian. Protecting post-mortem privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. *In: Cardozo Arts and Enterteinement Law Jorunal*, 2011. Disponível em: <http://www.cardozoelj.com/wp-content/uploads/2011/02/edwards-galleyedfinal.pdf>. Acesso em: 29/04/2017.

HIRATA, Alessandro. O facebook e o direito à privacidade. *In: Revista de informação legislativa*, vol. 51, n. 201, pp. 17 - 27, jan. / mar., 2014. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/502950>. Acessado em 30.05.2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória concorrente**. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KLEIN, Sasha; PARTHENER, Mark R. Plan ahead: protect your #digitalfootprint. *In: The Florida Bar Journal*, vol. 89, p. 51, January, 2015. Disponível em Lexis Nexis Academic. Web. Acessado em 01/06/2017.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet**. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>. Acessado em 20.09.2016.

_____. **Tutela e privacidade na internet**. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2012/01/mltpi.pdf>. Acesso em: 29/04/2017.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. O ônus de ler o contrato no contexto da “ditadura” dos contratos de adesão eletrônicos. *In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI – João Pessoa*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=981322808aba8a03>. Acessado em 21.09.2016.

_____. **Validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão eletrônicos (shrink-wrap e click-wrap) e dos termos e condições de uso (browse-wrap): um estudo comparado entre Brasil e Canadá**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03062011-090910/pt-br.php> Acesso em: 21/09/2016.

MACIEL, Mariane. **Memórias digitais**. Disponível em: <http://vamosfalarsobreoluto.com.br/2016/10/24/memorias-digitais/>. Acesso em 16/10/2016.

MARTINS, Guilherme Magalhães. Contratos eletrônicos via internet: problemas relativos à sua formação e execução. *In: Revista dos Tribunais*, Fasc. Civ., Ano 89, v. 776, São Paulo: Revista dos Tribunais, junho 2000. p. 92106.

MC CARTHLY, Laura. Digital assets and intestacy. *In: Boston University Journal of Science and Technology Law*, vol. 21, p. 384. *In: Lexis Nexis Academic*. Web. Acessado em 25/05/2017.

SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o princípio da segurança jurídica. *In: Revista de Direito de Família e Sucessões*, e-ISSN: 2526-0227, Minas Gerais, v. 2, n. 1, pp. 01 – 23, jul. – dez., 2015. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/258/259>. Acesso em 30.05.2017.

TAVEIRA JÚNIOR, Fernando Tenório. **Proteção dos digital assets sob o enfoque dos direitos de personalidades**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-19112015-161317/pt-br.php>. Acesso em: 28.10.2016.

THE WHARTON SCHOOL, University of Pennsylvania. **Descanse em paz: aprenda a planejar seu fim no mundo digital**. *Universia Knowledge@Wharton* [10 April, 2014]. Web. <https://www.knowledgeatwharton.com.br/article/descanse-em-paz-aprenda-a-planejar-seu-fim-no-mundo-digital/>. Acessado em 26/10/2016.

VARNADO, Sandi S. Your Digital Footprint Left Behind at Death: An Illustration of Technology Leaving the Law Behind. *In: Louisiana Law Review*, vol. 74, p. 719, primavera de 2014. *In: Lexis Nexis Academic. Web. Acessado em 01/06/2017.*

WALKER, Michael; BLACHLY, Victoria D. **Virtual assets**. Disponível em: <http://www.cba.cobar.org/repository/inside_bar/trustestate/src/virtual%20asset%20subcommittee%20research%20%231.pdf>. Acesso em 23/05/2017.