

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Cristiano Colombo

***CLOUD COMPUTING E DIREITO DAS SUCESSÕES: DIREITO DE PRIVACIDADE
COMO CRITÉRIO DE ACESSO AOS DADOS PELOS HERDEIROS***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Silveira Noronha

Porto Alegre
2015

Cristiano Colombo

***CLOUD COMPUTING E DIREITO DAS SUCESSÕES: DIREITO DE PRIVACIDADE
COMO CRITÉRIO DE ACESSO AOS DADOS PELOS HERDEIROS***

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que permitiu que tudo isso acontecesse, segundo a Sua vontade. A São Bento e a Santo Ivo, aquele apreciador das regras e este protetor dos operadores do Direito.

Grato aos meus familiares, em especial: à minha esposa Nilza Colombo, sem sua ajuda este sonho não seria possível; à minha filha Cecília Maria que, com seu sorriso, encanta meus dias; aos meus pais, Adelar e Suzete Colombo, pelo exemplo de vida; ao meu irmão Juliano, à minha cunhada Cristina e às minhas sobrinhas Isabela e Maria Clara, que preenchem a vida da família. Aos meus sogros Nilza e Nilton, bem como aos irmãos de minha esposa, pela força e estímulo.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, Professor Doutor Carlos Silveira Noronha, aos Professores Doutores Claudia Lima Marques, Sérgio Severo, Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, pelas considerações em minha banca de qualificação.

Aos Professores Doutores Pierangelo Catalano, Oliviero Diliberto, Cesare Massimo Bianca, do Dipartimento di Scienze Giuridiche da Sapienza Università di Roma, bem como ao Professor Doutor Marco Fridolin Sommer dos Santos, que viabilizou, juntamente com meu orientador, este contato.

Agradeço à bibliotecária Doutora Teresa Lasalandra e ao bibliotecário Doutor Cristiano Peruzzi, da Biblioteca de Direito Romano do Dipartimento di Scienze Giuridiche da Sapienza Università di Roma.

Aos meus colegas professores, à Direção e Coordenação das Faculdades Integradas São Judas Tadeu, bem como aos meus alunos, que seriam tantos a serem nominados pelo seu incentivo.

Aos meus amigos, que desejaram o êxito nesta caminhada.

“Filho, se tens posses, faze o bem a ti mesmo e apresenta dignas ofertas a Deus. Lembra-te que a morte não tarda: é um decreto do Abismo, que não te foi revelado e é decreto também deste mundo: é forçoso morrer. Antes da morte, faze o bem ao teu amigo e segundo tuas posses, estende-lhe a mão. Não te prives do bem de um dia, e não deixes perder nenhuma parcela de um bom desejo. Acaso deixarás para os outros os bens adquiridos com esforço e fruto dos teus trabalhos, para divisão da herança? Dá e recebe, e alegra a ti mesmo, pratica a justiça antes da morte, porque não há mais oportunidade, no Abismo, de procurar o prazer.” (Eclesiástico, 14, 11-17)

RESUMO

O presente estudo volta-se à reflexão acerca da sucessão *causa mortis* de dados armazenados na *Cloud Computing*, buscando traçar alternativas jurídicas para, em caso de morte, permitir ou, ainda, vedar o acesso pelos herdeiros aos dados do falecido. Nesse sentido, no primeiro capítulo, estudou-se a *Cloud Computing* como meio hodierno de armazenamento de dados, reprisando os demais que se apresentaram ao longo da história, bem como a relação estabelecida entre a Sociedade da Informação e o Direito, analisando a posição não-intervencionista e, posteriormente, a intervencionista. No segundo capítulo, analisou-se o conceito de pessoa humana, na história, e o direito de privacidade, este como critério norteador para a pesquisa. No terceiro capítulo, apresentou-se a evolução do Direito das Sucessões da pré-história à denominada sucessão telemática, tendo sido reconhecido o direito de privacidade póstumo, inclusive, tratando-se de direito autônomo, em relação aos interesses dos herdeiros. No quarto capítulo, enfrentou-se a *lege lata* e se projetou a *lege ferenda*, acerca da sucessão telemática na *Cloud Computing*, com a observância do direito de privacidade. Finalizou-se o capítulo com o estudo de casos, aplicando-se a construção teórica realizada às hipóteses. O método de abordagem foi o dedutivo, de uma perspectiva geral para a particular, do teórico ao concreto, valendo-se do método histórico. A fundamentação teórica decorreu de pesquisa doutrinária nacional e estrangeira e, neste ponto, em especial, estadunidense e europeia. A partir do estudo, pôde-se verificar as seguintes conclusões específicas: a possibilidade de promover a defesa do direito de privacidade póstumo, independentemente da existência de sujeito, em decorrência de direitos fundamentais, estendendo o direito de privacidade para após a morte; a limitação de acesso aos herdeiros a dados de cunho personalíssimo, que atinjam a privacidade do falecido, mesmo em desfavor de seus herdeiros, podendo ser possível estabelecer regulamentação que imponha vedação ou mesmo acesso aos dados armazenados na *Cloud Computing*; a intervenção do Estado, no sentido de determinar a inserção de cláusulas contratuais aos provedores de conteúdo que desenvolvam meios para que a vontade presumida ou expressa do falecido venha a ser observada, seja no sentido de transmitir dados, chegando a quem de direito; ou, ainda, caso contrário, haja, em determinadas hipóteses, a incomunicabilidade dos dados, em desfavor de seus herdeiros; diante da *lege lata*, no particular, da morte e a *Cloud Computing*, o acesso aos dados aos herdeiros dar-se-ia, em caso de autorização expressa ou, ainda, no caso de sucessão, em que haveria a busca pela vontade expressa do usuário falecido (sucessão testamentária) ou presumida (sucessão legal) que, de qualquer maneira, deverá ser respeitado o direito de privacidade póstumo, inclusive, como espécie do direito de esquecimento, póstumo, como critério para acesso aos dados; em caso de inobservância pelos provedores de conteúdo do acima referido, poderão sofrer sanções, a teor do artigo 12 da Lei 12.965/2014, o Marco Civil da Internet, sendo que o provedor de conteúdo poderá, inclusive, sofrer advertência, suspensão ou mesmo proibição de atividades no país.

Palavras-chave: *Cloud Computing*; Privacidade; Direitos Sucessórios.

ABSTRACT

This study intends to reflect on death succession of data stored in the Cloud Computing, aiming at describing legal alternatives to, in case of death, allow or even seal the access by the heirs to the deceased's data. Thus, in the first chapter, it was studied the Cloud Computing as today's data storage means, reprising the others that appeared throughout history, as well as the relation between the Information Society and the Law, analyzing the non-interventionist position and subsequently the interventionist. In the second chapter, it was analyzed the concept of human person in history and the right to privacy, this criterion as a guide for the research. In the third chapter, it was presented the evolution of the Law of Succession from prehistory to the so called telematics succession, having been recognized the right to posthumous privacy also with regard to the interests of the heirs in the case of autonomous right. In the fourth chapter, the *lex lata* was faced and a *lex ferenda* was proposed regarding telematics succession in Cloud Computing, with the observance of the privacy law. The chapter was ended with case studies, applying the theoretical construction carried out to the hypotheses. The method of approach was deductive, from a general perspective to a particular one, from the theoretical to the concrete, making use of the historical method. The theoretical basis resulted from domestic and foreign doctrinal research and, at this point, especially American and European. From the study, the following conclusions were drawn: the possibility of promoting the defense of the right of posthumous privacy regardless the existence of the subject because of fundamental rights, extending the right to privacy after death; the limitation on the access by the heirs to very personal data, which might harm the deceased's privacy, even to the detriment of their heirs, being it possible to establish rules that impose sealing, or even access to data stored in the Cloud Computing; the State intervention in order to determine the insertion of contractual clauses on content providers to develop means for the deceased's presumed or expressed will to be observed either in order to transmit data to the rightful owner or, otherwise, if there is in some circumstances the incommunicability of data to the detriment of the heirs before the *lex lata*, especially regarding death and Cloud Computing, the data access to the heirs would be possible in the event of express authorization, or even in the case of succession, when there would be the search for the deceased user's expressed (testamentary succession) or presumed will (legal succession), which, in any case, it must be respected the right of posthumous privacy even as a species of the right to forgetfulness, posthumously as a criterion for data access; in case of disregard by the content providers above mentioned, they might face sanctions according to Law 12.965/2014, Article 12 from the *Marco Civil da Internet*, the content provider may suffer warning, suspension or even prohibition of activities in the country.

Keywords: Cloud Computing, Privacy, Succession Rights.

RÉSUMÉ

La présente étude se penche sur une réflexion à propos de la succession *causa mortis* de données sauvegardées à la *Cloud Computing*, en cherchant à délimiter les options juridiques pour, en cas de mort, permettre ou, encore, interdire, l'accès des héritiers aux données du décédé. Dans ce sens, dans le premier chapitre, nous avons étudié la *Cloud Computing* comme un moyen contemporain de stockage de données en reprenant les autres moyens qui se sont présentés tout au long de l'histoire, tout comme le rapport établi entre la Société de l'Information et le Droit, en analysant la position non-interventionniste et, puis, interventionniste. Dans le deuxième chapitre, nous avons analysé le concept de personne humaine, dans l'histoire, et le droit de la vie privée, celui-ci comme un critère qui dirige notre recherche. Dans le troisième chapitre, nous avons présenté l'évolution du Droit de Successions de la préhistoire à ce qu'on appelle succession télématique, lorsqu'il a été reconnu le droit de la vie privée posthume, y compris s'il s'agit de droit autonome para rapport aux intérêts des héritiers. Dans le quatrième chapitre, nous avons envisagé la *lege lata* et nous avons projeté la *lege ferenda* autour de la succession télématique à la *Cloud Computing*, accompagné de l'observance du droit de la vie privée. Le chapitre se termine par une étude de cas où nous faisons usage de la construction théorique réalisée sur les hypothèses. La démarche a été la déductive, d'une perspective générale au particulier, du théorique au concret, nous servant de la méthode historique. Le fondement théorique résulte d'une recherche doctrinaire nationale et étrangère et, à ce sujet, notamment américaine et européenne. À partir de l'étude, nous avons pu vérifier les conclusions spécifiques suivantes : la possibilité de promouvoir la défense du droit de la vie privée posthume, indépendamment de l'existence de sujet, en raison de droits fondamentaux, poussant la valeur du droit de la vie privée après la mort ; la limitation d'accès aux héritiers à des données d'une teneur très personnelle qui atteignent la vie privée du décédé, même si cela soit défavorable aux héritiers, ce qui permet la possibilité d'établir une réglementation qui impose l'interdit, ou même, l'accès aux données sauvegardées à la *Cloud Computing*; l'intervention de l'État, dans le sens de déterminer l'insertion de clauses contractuelles aux fournisseurs de contenu qui développent des moyens pour que la volonté présumée ou exprimée du décédé soit observée, soit dans le sens de transmettre des données, arrivant à ceux qui ont le droit ; soit, encore, le cas échéant, s'il y a, dans des hypothèses déterminées, l'incommunicabilité des données, ce qui serait défavorable aux héritiers; selon la *lege lata*, particulièrement, de la mort et la *Cloud Computing*, l'accès aux données aux héritiers aurait lieu, au cas où il y a une autorisation expresse, ou, encore, au cas de succession, où il y aurait la quête de la volonté exprimée de l'utilisateur décédé (succession testamentaire) ou présumée (succession légale) que, de toute façon, devra être respectée le droit de la vie privée posthume, y compris, comme sorte de droit d'oubli, posthume, comme critère à l'accès aux données ; au cas où il y a de l'inobservance de la part des fournisseurs de contenu dudit ci-dessus, ils pourront subir des sanctions, selon l'article 12 de la Loi 12.965/2014, le *Marco Civil da Internet*, où le fournisseur de contenu pourra même subir un avis, une suspension ou même une interdiction d'activités dans le pays.

Mots-clés : *Cloud Computing* ; Vie privée, Droits de Succession.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CLOUD COMPUTING	14
1.1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA HISTÓRIA	14
1.2 INTERNET E REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES	20
1.3 CLOUD COMPUTING	25
1.3.1 Origem	25
1.3.2 Conceito de Cloud Computing	27
1.3.3 Camadas da <i>Cloud Computing</i>	30
1.3.4 Funcionalidades da <i>Cloud Computing</i>	34
1.4 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO	38
1.4.1 Tecnologia e Sociedade da Informação: Causa e Efeito.	38
1.4.2 Direito na Sociedade da Informação.....	44
1.4.2.1 <i>Posição Não-Intervencionista</i>	45
1.4.2.2 <i>Posição de Regulação da Internet</i>	47
1.4.2.3 <i>Problemas de Geo-Direito e a Regulação em direção à Pessoa Humana</i>	49
2 PESSOA HUMANA E PRIVACIDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO	55
2.1 PESSOA HUMANA NA HISTÓRIA	55
2.1.1 Antiguidade Clássica	55
2.1.2 Cristianismo	57
2.1.3 Mundo Moderno: Constituição do Corpo	66
2.2 PESSOA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO e o corpo.....	70
2.3 A PRIVACIDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.....	75
2.3.1 Aspectos Históricos.....	77
2.3.2 Em busca da Ampliação do Conceito de Privacidade como Direito de Personalidade na Sociedade da Informação	81
2.4 DA PRIVACIDADE COMO PROTEÇÃO DE DADOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS: ESTADOS UNIDOS, UNIÃO EUROPEIA, ITÁLIA E PORTUGAL	83
2.4.1 Estados Unidos.....	84
2.4.2 União Europeia	87
2.4.2.1 <i>Direito ao Esquecimento</i>	94
2.4.3 Itália	97
2.4.4 Portugal	100
2.5 DIREITO DE PRIVACIDADE NO BRASIL	102
3 DA SUCESSÃO PRÉ-HISTÓRICA À SUCESSÃO TELEMÁTICA NA CLOUD COMPUTING	110
3.1 Sucessão na Pré-História.....	111
3.2 Sucessão na Antiguidade Clássica	113
3.2.1 Direito Grego Clássico.....	113
3.2.2 Direito Romano.....	114
3.2.2.1 <i>Princípio da continuação da pessoa do defunto pelo sucessor</i>	115
3.2.2.2 <i>Sucessor</i>	117
3.2.2.3 <i>Limites Objetivos da Transmissão de Bens</i>	120
3.2.3 Direito Germânico	124
3.3 SUCESSÃO NA IDADE MÉDIA.....	126

3.3.1 Contexto e Princípios.....	126
3.3.2 Limites Objetivos da Sucessão.....	133
3.4 Sucessão na Codificação da Era Moderna	136
3.4.1 Limites Objetivos da Sucessão.....	141
3.5 Direito Sucessoral Telemático na visão da Pós-Modernidade.....	144
3.5.1 Direito das Sucessões brasileiro e o caminho à Pós-Modernidade.....	146
3.5.1.1 <i>Relação entre os Direitos de Personalidade Post Mortem e o Direito das Sucessões na Pós-Modernidade: Direito Próprio e Norma Objetivada</i>	156
4 NOVOS RUMOS DA SUCESSÃO TELEMÁTICA NA CLOUD COMPUTING	169
4.1 Direção Social.....	169
4.2 Diálogo entre os Ramos do Direito.....	173
4.2.1 Perspectiva Contratual-Consumerista	173
4.2.2 Perspectiva do Direito de Privacidade.....	177
4.2.3 Perspectiva Sucessoral	179
4.3 <i>Lege Lata</i> e a Tríade Inter-relacional na <i>Cloud Computing</i>	181
4.3.1 Lege Lata.....	182
4.3.1.1 <i>Relação entre Provedor de Conteúdo e Usuário</i>	182
4.3.1.2 <i>Relação entre Usuário-Morto e Herdeiro</i>	186
4.3.1.3 <i>Relação entre Herdeiro e Provedor de Conteúdo</i>	195
4.4 <i>Lege Ferenda</i>	199
4.4.1 Necessidade de Legislação sobre a Matéria da Sucessão Telemática	199
4.4.2 Direção Social e as Cláusulas Contratuais	200
4.4.3 Proposta Legislativa	203
4.5 Análise de Casos	204
4.5.1 Correio Eletrônico	205
4.5.2 Rede Social (Facebook)	206
4.5.3 Fotografias armazenadas na <i>Cloud Computing</i>	206
4.5.4 Informações Biomédicas do Falecido.....	207
4.5.5 Livros e Músicas Digitais do Falecido.....	207
4.5.6 Disposição Testamentária de Não Acesso aos Herdeiros de Obras Inéditas do Falecido.....	208
CONCLUSÃO.....	210
REFERÊNCIAS	216
GLOSSÁRIO	234

INTRODUÇÃO

Volta-se o presente estudo à sucessão *causa mortis* de dados armazenados na *Cloud Computing*, tendo o direito de privacidade como critério norteador para acesso ou vedação aos herdeiros. Quotidianamente, fatos que compõem a existência humana migram do mundo físico para o virtual, incrementando, progressivamente, este universo: a espera pela correspondência, que levava meses, dependendo da distância, foi substituída pela imediatidade da resposta do correio eletrônico; os textos, os livros, as músicas que, materialmente, compunham um acervo volumoso, ocupando espaço físico para a organização passam a ser, progressivamente, digitalmente armazenados; as agendas, os diários, enfim, as informações passam do papel ao bit.

Assim, os documentos não são mais exclusivamente arquivados em pastas suspensas, em armários acinzentados, no fundo das repartições ou mesmo nos escritórios. Essa nova realidade passa a ser on-line, sendo que os documentos, que trazem consigo os mais variados dados, deixam de ser engavetados, arquivados fisicamente, empilhados, para serem digitalmente conservados. Na *Cloud Computing*, opera-se o armazenamento de dados, com possibilidade de guardar documentos ou conteúdo em servidores remotos, podendo estes serem acessados por inúmeras redes ou usuários¹, permitindo a utilização, em qualquer lugar, de aplicações via Internet.²

Justifica-se o presente trabalho a partir do crescimento das experiências humanas no mundo digital uma vez que, de acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), em pesquisa datada de 2013, constatou-se o progressivo aumento da utilização da internet que, entre 2005 e 2011, teve um incremento de 31,9 (trinta e um vírgula nove) milhões de pessoas, no ano de 2005, para 77 (setenta e sete) milhões, em 2011.³ Quanto à *Cloud Computing*, o setor movimentou US\$ 257 (duzentos e cinquenta e sete) milhões de

¹ SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios.** Tradução de Ana Beatriz Rodrigues e Rogério Durst. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013, Kindle Edition, posição 596. A tradução de “cloud computing” para a língua portuguesa é computação nas nuvens.

² VELTE, Anthony T.; VELTE, Toby J.; ELSENPETER, Roberta. **Cloud computing: computação em nuvem, uma abordagem prática.** Tradução de Gabriela Mei. Rio de Janeiro: Alta Books, 2012, p. 4.

³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **PNAD 2011: acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal.** Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000012962305122013234016242127.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

dólares, em 2013, sendo previsto o seu incremento para US\$ 798 (setecentos e noventa e oito) milhões de dólares, nos anos que seguem.⁴

Ocorre que, com o grandioso número de usuários, seres humanos que estão sujeitos à morte, há a preocupação com o destino destes dados após o falecimento de pessoas utentes da internet e, por conseguinte, consumidoras de serviços de armazenamento nas nuvens. Para demonstrar a atualidade e importância do estudo, saliente-se a notícia do Jornal Zero Hora denominada “Veja o que acontece com os perfis nas redes sociais quando uma pessoa morre”⁵ que, como se analisará oportunamente, arrolou diferentes soluções pelos provedores de conteúdo quanto ao destino dos dados por ocasião do óbito de seus usuários.

De tal arte, buscar-se-á responder os seguintes questionamentos: O Direito de Privacidade estende-se *Post Mortem* e é critério para acesso ou mesmo vedação aos próprios herdeiros aos dados havidos na *Cloud Computing*? Deve ser inserido em nível legislativo, seja no Código Civil, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor ou mesmo no Marco Civil da Internet, dispositivos que obriguem os provedores a inserirem cláusulas contratuais tratando sobre o destino dos dados, no caso de morte do usuário, ou se deixará à autopeise, à autorregulação esta tarefa? Em caso positivo, o Provedor poderá sofrer sanções, desde multa, suspensão temporária das atividades, proibição do exercício das atividades, em caso de descumprimento da regulação?

Tem-se como objetivo geral a análise da sucessão *causa mortis* de dados armazenados na *Cloud Computing*, este como um meio em que são armazenados os dados, tendo a privacidade como critério para acesso pelos herdeiros e, como objetivo específico, a apresentação de alternativas às questões trazidas. Buscar-se-á analisar a tríade relacional havida entre usuário, provedor e herdeiros.

Utilizar-se-á o método de abordagem dedutivo, partindo-se do geral para o particular, com aprofundamento histórico. Quanto à técnica, houve pesquisa bibliográfica em livros, jornais, periódicos físicos e digitais, bem como sítios eletrônicos. A fundamentação teórica, além da doutrina nacional, clássica e atual, aprofundou-se na doutrina italiana, francesa, inglesa, espanhola, estadunidense, argentina, alemã, esta última, com tradução em espanhol e português.

⁴ SARMENTO, Flávia. **Setor brasileiro de cloud computing deve movimentar US\$ 798 mi em 2014.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/conta-corrente/platb/2014/01/10/setor-brasileiro-de-cloud-computing-deve-movimentar-us-798-milhoes-em-2014/>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁵ CÓRDOVA, Natálie. **Veja o que acontece com os perfis nas redes sociais quando uma pessoa morre:** Infográfico mostra o que ocorre em cada site de relacionamento. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/tecnologia/noticia/2014/07/veja-o-que-acontece-com-os-perfis-nas-redes-sociais-quando-uma-pessoa-morre-4540752.html>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

No primeiro capítulo, buscar-se-á apresentar a evolução do processo comunicacional, dos povos primitivos à telemática, que culminou com a hodierna *Cloud Computing*, apresentando a sua origem, conceito e funcionalidades. Ainda, passar-se-á a analisar a Sociedade da Informação e suas implicações jurídicas, sobretudo as posições não-intervencionista e intervencionista acerca da matéria.

No segundo capítulo, dedicar-se-á ao estudo da pessoa humana, desde a antiguidade à contribuição do Cristianismo, enfim, partir-se-á concepção clássica rumo à Sociedade da Informação, bem como o direito de privacidade, desde a sua origem ao ordenamento jurídico pátrio vigente, em busca da ampliação do conceito de Privacidade como Direito de Personalidade na Sociedade da Informação

No terceiro capítulo, passar-se-á a estudar a evolução histórica da sucessão dos tempos primitivos à sucessão telemática, desde a pré-história, evoluindo pela antiguidade clássica, direito romano, germânico, a Idade Média até a sucessão, na pós-modernidade, buscando observar as hipóteses de transmissibilidade e intransmissibilidade de bens e direitos, bem como a sua relação com o direito de privacidade. Ultime-se-á mencionado capítulo, verificando a possibilidade do estabelecimento do direito de privacidade póstumo.

No quarto capítulo, desenvolver-se-ão novos rumos à sucessão telemática na *Cloud Computing*, sob as perspectivas contratual, sucessoral e do direito de privacidade póstumo, partindo-se para a análise da *lege lata* em direção à *lege ferenda*, quando apresentar-se-ão projetos de lei e alternativas acerca da temática. Desenvolver-se-á, ainda, estudo de casos, hipóteses para a compreensão da aplicação teórica à prática.

Dessa forma, partir-se-á da apresentação da *Cloud Computing*, bem como sua contextualização na Sociedade da Informação, para a compreensão do lugar da pessoa humana, e, seu direito de privacidade, neste cenário, e, mais adiante, investigar soluções adequadas sobre a morte e a sucessão telemática nas nuvens.

É o que se passa a analisar.

1 CLOUD COMPUTING

A expressão *Cloud Computing* conquistou ares de notoriedade em 2006 quando Eric Schmidt, na condição de CEO (Chief Executive Officer) da Google, utilizou-a em uma conferência.⁶ A partir de então, propagou-se a denominação “Computação nas Nuvens”⁷, conceituada como a possibilidade de guardar documentos ou conteúdo em servidores remotos, podendo estes serem acessados por inúmeras redes ou usuários⁸, permitindo a utilização, em qualquer lugar, de aplicações via Internet.⁹ A *Cloud Computing* é resultado de um longo processo histórico-evolutivo de produção, troca e armazenamento de informações, desde a gestualidade, a linguagem oral¹⁰, a imprensa, até o desenvolvimento recente da telemática, esta que decorre do crescimento harmonizado da computação e das telecomunicações¹¹. Para serem atingidos conceito, classificação, estruturação e apresentação de alternativas juridicamente adequadas à *Cloud Computing*, em matéria sucessoral, passar-se-á, nesta primeira parte, ao estudo do fenômeno integrado da história dos meios de comunicação, com a posterior busca da construção do conceito da pessoa e, por fim, à personalidade telemática.¹²

1.1 MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA HISTÓRIA

A comunicação é fundamental para a organização social humana, sendo imprescindível para a vida em comunidade.¹³ O modo de ser estabelecida a interação social é

⁶ CARRAU, Guzmán Rodríguez. Preparándose para la nube: contratos de software y cloud computing. **Derecho Informático**, Montevideo, n. 13, p. 71-91, 2011, p. 71-72.

⁷ SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 596. A tradução de “cloud computing” para a língua portuguesa é computação nas nuvens.

⁸ Ibid., Kindle Edition, posição 596. A tradução de “cloud computing” para a língua portuguesa é computação nas nuvens.

⁹ VELTE; VELTE; ELSENPETER, 2012, p. 4.

¹⁰ THOMPSON, John B. **Mezzi di comunicazione e modernità**: una teoria sociale dei media. Tradução de Paola Palmiello. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 21.

¹¹ DELPIAZZO, E. Carlos; VIEGA, María José. **Lecciones de derecho telemático**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004, v. 1, p. 66-67. Nas palavras do autor: ‘Su calificación como telemático deriva de la aplicación de la expresión “telemática”, la cual fue inicialmente usada por los autores del informe presentado en 1978 al entonces Presidente de Francia, Valery Giscard d’Estaing, y publicado ese mismo año bajo el título de ‘La informatización de la sociedad’, para designar la imbricación creciente de los computadores y de las telecomunicaciones.’

¹² BERENBOOM, Alain. La direttiva sulla Società dell’informazione e la sua attuazione. In: CONVEGNO DELL’ASSOCIAZIONE DI DIRITTO PUBBLICO COMPARATO ED EUROPEO, 2006. San Marino. Torino: Giappichelli, 30 de setembro de 2005, p. 137-152.

¹³ AZAMBUJA, Celso Candido de. **Psiquismo digital**: sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2012, p. 2.

a linguagem: a “trofolaxe humana”.¹⁴ Nas sociedades primitivas, a transmissão de conhecimentos, a memória e a inteligência da coletividade estavam diretamente vinculadas à oralidade, pelo contato direto com os ancestrais.¹⁵ Predominava a escuta¹⁶, os sons revelavam as “afecções da alma”¹⁷. As crenças e valores eram acumulados pela “interface oral da comunicação”.¹⁸ A vantagem da mensagem oral é que sua emissão e recepção se operam no mesmo contexto.¹⁹ A predominante aplicação da “palavra falada” mitigava a dificuldade na compreensão, pela inexistência de distâncias espacial e temporal, conjugada às expressões fisionômicas e gestuais.²⁰ A “palavra falada”, dessa forma, é reconhecida como a primeira tecnologia, na recuperação da informação, segundo Macluhan.

A palavra falada foi a primeira tecnologia pela qual o homem pôde desvincular-se de seu ambiente para retomá-lo de novo modo. As palavras são uma espécie de recuperação da informação que pode abranger alta velocidade, a totalidade do ambiente e da experiência.²¹

Na fase inicial do processo comunicacional, também intitulada como “clássica”, a comunicação desenvolveu-se, mormente, pela fala, em que pesem os relatos de inscrições e desenhos rupestres, em cavernas, tendo o *Homo Sapiens* construído os primeiros sinais gráficos e sonoros.²² Somente pelos idos do ano 700 a. C., na Grécia, surgiu o alfabeto, que propulsou grande desenvolvimento da sociedade ocidental.²³ Macluhan salientou que “a separação do indivíduo, a continuidade do espaço e do tempo e a uniformidade dos códigos são as primeiras marcas das sociedades letradas e civilizadas.”²⁴ A forma escrita “dá a memória ao pensamento humano”,²⁵ “um novo suporte”²⁶. O aprimoramento dos registros propulsiona a memória.

¹⁴ Explica Azambuja que a trofolaxe é uma interação química a qual, nos insetos, permite a coesão social. (AZAMBUJA, 2012, p. 298.)

¹⁵ Ibid., p. 435.

¹⁶ LETONTURIER, Éric. **Fiche de lecture**. Paris: Encyclopaedia Universalis France, 2013, p. 80.

¹⁷ ARISTÓTELES. **Da interpretação**. Tradução de José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 3.

¹⁸ AZAMBUJA, op. cit., p. 421.

¹⁹ LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 15.

²⁰ THOMPSON, 1995, p. 38.

²¹ MACLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões dos homens**. Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1964, p. 77.

²² MARCONDES FILHO, Ciro. **O rosto e a máquina**. São Paulo: Paulus, 2013, p. 15.

²³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2012, p. 413.

²⁴ MACLUHAN, op. cit., p. 103.

²⁵ AZAMBUJA, op. cit., p. 499-511.

²⁶ Ibid., p. 268.

A mensagem escrita tem como vantagem a continuidade de seu registro no tempo, vencendo as barreiras do espaço, podendo ser lida por indivíduos situados em contextos longínquos, em épocas e locais diversos.²⁷ Na Antiguidade, a China e o Império Romano utilizavam-se de técnicas de correio, conforme Pierre Lévy.

As técnicas materiais e organizacionais do correio, usando cavalos e postos de troca, já existiam na China desde a mais remota Antiguidade. Conhecidas igualmente pelo Império Romano, foram esquecidas na Europa durante a alta Idade Média. O correio foi copiado da China pelo imenso Império Mongol do século XIII. Os povos das estepes transmitiram o exemplo e princípios dessa técnica para um Ocidente que os havia esquecido há centenas de anos.²⁸

E, na medida em que houve o aperfeiçoamento dos meios de comunicação, do transporte, do envio de dados, a tecnologia utilizada relativizou o *quantum* de tempo para conquistar o espaço, em um fenômeno evolutivo que se propaga até os dias de hoje. É o que ensina Zygmunt Bauman:

Esse ‘algo’ foi, podemos adivinhar, a construção de veículos que podiam se mover mais rápido que as pernas dos humanos ou dos animais; e veículos que, em clara oposição aos humanos e aos cavalos, podem ser tornados mais e mais velozes, de tal modo que atravessar distâncias cada vez maiores tomará cada vez menos tempo.²⁹

Na Idade Média, os meios de transporte eram os pés humanos e a tração animal, a economia baseava-se em uma unidade produtiva, como uma vila ou um feudo³⁰, que tinha como característica a busca pela autossustentabilidade. Tanto o feudo como, mais adiante, os burgos e cidades, acabavam por aplicar os horários locais,³¹ sem observar o tempo aplicado às cercanias e arredores. Eram ineficientes os meios de comunicação ou transporte e, por isso, o tempo era ‘único’ para cada lugar, desimportando as diferenças de horário. O tempo estava diretamente vinculado ao ritmo natural das estações e os ciclos de nascimento e de morte.³²

Na segunda metade do século XV, surgiu a imprensa, desenvolvida, originariamente, por Gutenberg, em Mainz³³, difundindo-se nos centros urbanos europeus³⁴ de forma massiva e dominante.³⁵ A imprensa configura-se em um tipo de comunicação mediada

²⁷ THOMPSON, 1995, p. 39.

²⁸ LÉVY, 2008, p. 124.

²⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 129.

³⁰ THOMPSON, op. cit., p. 73.

³¹ Ibid., p. 52.

³² Ibid., p. 57.

³³ MARCONDES FILHO, 2013, p. 16.

³⁴ THOMPSON, 1995, p. 80.

³⁵ AZAMBUJA, 2012, p. 443.

tecnologicamente, por irradiação, já que se estende aos receptores desconhecidos.³⁶ O crescimento das tipografias ocorreu com o crescimento do mundo capitalista europeu, entre o Medievo tardio e o início da Modernidade.³⁷ É o que se denominou de “Galáxia de Gutenberg”.³⁸ Importante destacar que, até a invenção do rádio, as impressões de livros, jornais e correspondências eram consideradas “interfaces privilegiadas da comunicação”.³⁹

No século XVII, os serviços postais passam a utilizar a técnica de correio “ponto por ponto”, ou seja, de um indivíduo para outro, evoluindo do modelo anteriormente adotado que se limitava a transportar as correspondências da periferia para o centro e do centro para a periferia.⁴⁰ Com o surgimento das relações econômicas modernas, que se caracterizavam por uma grande rede de trocas,⁴¹ tendo como conseqüência a construção de ferrovias,⁴² é que houve a pressão para a harmonização dos horários locais. Tal fenômeno deu surgimento ao horário estandardizado, baseado no meridiano de Greenwich, com a criação de fusos horários e, em 1884, sua adoção em nível mundial.⁴³ Mais uma vez, a relação entre o tempo, o espaço e os meios de comunicação e transporte se inter-relacionam, demonstrando sua interdependência. Convém salientar que, durante um longo período, as histórias do transporte e dos meios de comunicação confundiam-se entre si, uma vez que não havia distinção entre eles, visto que a transmissão de dados, de mensagens, se dava por suporte físico.⁴⁴

Por conseguinte, ocorreram grandes invenções relativas aos meios de transporte, propulsadas pela necessidade de comunicação, tais como: “os motores a vapor, elétrico e de combustão interna, as redes de estradas de ferros, as embarcações para longas viagens marítimas e os carros a motor”.⁴⁵ A tecnologia elétrica projetou o “homem para fora de si mesmo”⁴⁶, estabelecendo novos “índices relacionais”⁴⁷. Entre suas facilidades, está a invenção do telégrafo, em 1830, em que a comunicação passou a ser rápida e instantânea.⁴⁸ Segundo Macluhan,

³⁶ MARCONDES FILHO, 2013, p. 80.

³⁷ THOMPSON, 1995, p. 80.

³⁸ MACLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy: the making of typographic man.** Toronto: Toronto University Press, 2011, p. 278.

³⁹ AZAMBUJA, 2012, p. 499.

⁴⁰ LÉVY, 2008, p. 124.

⁴¹ THOMPSON, op. cit., p. 73.

⁴² Ibid., p. 52.

⁴³ Ibid., p. 52.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia.** Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 176.

⁴⁵ Ibid., p. 177.

⁴⁶ MACLUHAN, 1964, p. 66.

⁴⁷ Ibid., p. 72.

⁴⁸ MARCONDES FILHO, op. cit., p. 49.

foi só com a invenção do telégrafo que a mensagem começou a viajar mais depressa do que o mensageiro. Antes dele, as estradas e a palavra escrita eram estreitamente interligadas. Com o telégrafo, a informação se destacou de certos bens sólidos, como a pedra e o papiro, tal como o dinheiro se desligara antes do couro, do lingote de ouro e dos metais, para terminar em papel.⁴⁹

Em 1860, surgiu o telefone, tornando possível receber a mensagem através da voz, sendo viável a captação dos humores.⁵⁰ O telégrafo, como o telefone, diminuiu a distância espacial, em face da desnecessidade de deslocamento físico.⁵¹ Por sua vez, o rádio alterou a “forma das estórias noticiosas, bem como a imagem fílmica, com o advento do sonoro.”⁵² Esta nova fase é a “Galáxia de Marconi”, referindo-se ao físico italiano Guglielmo Marconi, ou também a “Era Eletrônica”.⁵³ O jornal, que era divulgado exclusivamente por meio físico, exigia a entrega porta a porta, enquanto o rádio permitia “deslocamento, em tempo real, da informação”.⁵⁴ Observou Macluhan que

acima de tudo, no entanto, é a velocidade do envolvimento elétrico que cria o todo integral da consciência particular e pública. Vivemos hoje na Era da Informação e da Comunicação, porque os meios elétricos criam, instantânea e constantemente, um campo total de eventos interagentes do qual todos os homens participam.⁵⁵

Nessa linha, as máquinas de escrever surgiram para substituir o “caráter personalista da escrita”, buscando afastar as imperfeições de caligrafia⁵⁶, como extensão do corpo físico.⁵⁷ A partir de então, surgem grandiosos e inumeráveis arquivos de documentos, gerando a necessidade da criação de companhias especializadas na racionalização burocrática, que se estendem até os dias atuais, obviamente diante de outra realidade comunicacional.⁵⁸ A máquina de escrever deslocou o homem como centro da cena para o registro parametrizado, retirando as variáveis pessoais do desenho da letra.

Na segunda década do século XX, em 1923, surgiu a televisão, como uma extensão do tato⁵⁹, modificando hábitos de crianças, jovens e adultos, trazendo agilidade de informações através da imagem em mosaico.⁶⁰ Com o telégrafo, o telefone e a televisão observa-se uma

⁴⁹ MACLUHAN, 1964, p. 108.

⁵⁰ MARCONDES FILHO, 2013, p. 49.

⁵¹ THOMPSON, 1995, p. 51.

⁵² MACLUHAN, op. cit., p. 77.

⁵³ LETONTURIER, 2013, p. 80.

⁵⁴ AZAMBUJA, 2012, p. 511.

⁵⁵ MACLUHAN, op. cit., p. 278.

⁵⁶ MARCONDES FILHO, op. cit., p. 49.

⁵⁷ MACLUHAN, op. cit., p. 77.

⁵⁸ Ibid., p. 295.

⁵⁹ Ibid., p. 376-377.

⁶⁰ Ibid., p. 376-377.

forma de tecnologia mediada por irradiação, analógica.⁶¹ Zaccaria relata semelhanças e diferenças, entre a telefonia, a telegrafia e a radiocomunicação:

In generale, si può dunque dire che la telefonia, la telegrafia e le radiocomunicazioni costituiscono le *species* di cui si compone il più ampio *genus* delle telecomunicazioni: nei primi due casi il supporto utilizzato è costituito da un conduttore fisico, mentre la differenza risiede nella tipologia dei segnali trasmessi (parole e suoni, in un caso; segnali convenzionali nell'altro); le radiocomunicazioni, invece, vengono rializzate sfruttando la proprietà dei campi elettrici di generare onde che si diffondono nello spazio a velocità uguale a quella della luce e in tutte le direzioni, a distanze che sono limitate soltanto dalla potenza dell'apparato emittente e con frequenze determinate dal numero di onde irradiabili in un dato intervallo temporale.⁶²

A partir de duas Convenções Internacionais realizadas, respectivamente, em Madri (1932) e Buenos Aires (1952), a definição de “telecomunicações” passa a ser tratada como “o conjunto de formas de emissão, transmissão ou recepção de sinais, de sinais, de escritos, de imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, radioelétrica, ótica ou outros meios eletromagnéticos”.⁶³ Importa ressaltar que, no que tange à comunicação à distância, há três momentos: “a emissão, a transmissão e a recepção”.⁶⁴ Delpiazzo e Viega sintetizam as tecnologias que dominaram os últimos três séculos, anunciando a indústria da computação e a comunicação, que se passará a analisar.

Según se ha dicho, los tres últimos siglos han estado dominados, cada uno de ellos por una tecnología diferente. El siglo XVIII fue la época de los grandes sistemas mecánicos que acompañaron a la Revolución Industrial. El siglo XIX fue la era de las máquinas a vapor. En el siglo XX, la tecnología clave ha sido la obtención, procesamiento y distribución de la información. Entre otros avances, hemos visto la instalación de redes telefónicas mundiales, la invención de la radio y la televisión, el nacimiento y crecimiento sin precedentes de la industria de los computadores y el lanzamiento de satélites de comunicación.⁶⁵

Verifica-se que, na medida em que a tecnologia se desenvolve, tornam-se espaço e tempo cada vez mais relativizados, tendendo à atemporalidade⁶⁶ e à intangibilidade física-

⁶¹ MARCONDES FILHO, 2013, p. 15.

⁶² ZACCARIA, Roberto; VALASTRO, Alessandra; ALBANESI, Enrico. **Diritto dell'informazione e della comunicazione**. Lavis: Milani, 2013, p. 205.

⁶³ Ibid., p. 203-204. Nas palavras do autor: “definivano le ‘telecomunicazioni’ come l’insieme delle forme di ‘emissione, trasmissione o ricezione di segni, di segnali, di scritti, di immagini, di suoni o di informazioni di qualsiasi natura, per filo, radioelettrica, ottica o mezzo di altri sistemi elettromagnetici.’”

⁶⁴ Ibid., p. 204.

⁶⁵ DELPIAZZO; VIEGA, 2004, v. 1, p. 7.

⁶⁶ FÉLEZ, Emilio Aced. Redes Sociales: la nueva frontera de la privacidad de los bebés digitales. **Derecho Informático**, Montevideo, n. 11, p. 7-37, 2010.

espacial,⁶⁷ modificando comportamentos da pessoa humana, impondo novos rumos às regras sociais.

1.2 INTERNET E REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES

A Internet revelou um novo mundo, no processo comunicacional, como preceitua Manuel Castells: “como a difusão da máquina impressora no Ocidente criou o que MacLuhan chamou de a ‘Galáxia de Gutenberg’, ingressamos agora num novo mundo de comunicação: a Galáxia da Internet”.⁶⁸ Os computadores foram criados na Inglaterra e nos Estados Unidos, em 1945, como “calculadoras programáveis capazes de armazenar programas”, servindo aos militares para a realização de “cálculos científicos”. Somente em momento posterior foi utilizado por civis.⁶⁹

A origem da Internet data de 1969, quando a Advanced Research Projects Agency (ARPA), constituída pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos, buscava meios de atingir superioridade militar tecnológica em face da União Soviética. Em um dos departamentos da ARPA criou-se a “Arpanet”, que se tratava de um pequeno programa. Os primeiros ‘nós’ da rede ocorreram também em 1969, na Universidade da Califórnia - nas cidades de Los Angeles e Santa Bárbara - e na Universidade de Utah. Em 1972, em uma conferência internacional, em Washington, a Arpanet realizou uma demonstração bem-sucedida e, por conseguinte, conectou-se com outras redes de computação (PRNET e SATNET), introduzindo o conceito de “rede das redes”.⁷⁰ No ano seguinte, membros do grupo de pesquisa francês Cyclades e Robert Metcalfe, em Stanford, buscando criar protocolos padronizados para que as redes pudessem se comunicar, desenvolveram o projeto de protocolo de controle de transmissão (TCP). Posteriormente, em 1978, o protocolo foi dividido em duas partes, criando-se o Protocolo Intrarrede (IP), gerando o protocolo TCP/IP aplicado atualmente.⁷¹

Na década de 80, a Internet passa a ser utilizada no setor das telecomunicações, cinema, televisão e editoração, construindo o conceito de “multimídia”.⁷² Segundo José de Oliveira Ascensão,

⁶⁷ IRTI, Natalino. **Norma e luoghi**: problemi di geo-diritto. Bari: Laterza, 2006, p. 5.

⁶⁸ CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 8.

⁶⁹ LÉVY, 2008, p. 31.

⁷⁰ CASTELLS, op. cit., p. 14.

⁷¹ Ibid., p. 14.

⁷² LÉVY, 2008, p. 32.

As produções multimídia trazem outro tipo de problema. São caracterizadas, não propriamente pela pluralidade de meios, pois o meio é sempre o digital, mas por reunirem obras de diversa índole – textos, imagens, sons... Mas sobretudo, embora o tema seja discutido, requerem como elemento essencial a interactividade.⁷³

Em 1983, o Departamento de Defesa criou a MILNET, para fins especificamente militares, e a Arpanet tornou-se a Arpa-Internet, dedicando-se somente à pesquisa. Em 1990, a Arpanet, já obsoleta, encerra sua operação. Tendo o governo dos Estados Unidos da América “libertado a Internet de seu ambiente militar”, transferiu sua administração para a National Science Foundation (NSF), que privatizou-a. A partir disto, muitos provedores de Internet criaram suas redes e lançaram portais de comunicação em base comercial, aumentando rapidamente, como uma rede global de computadores.⁷⁴ José de Oliveira Ascensão descreve de forma precisa e objetiva a história da Internet: “Nascida militar, metamorfoseada em científica, massificada a seguir, a Internet foi celeramente transformada num veículo comercial.”⁷⁵

Importa destacar que, paralelamente à Arpanet, a Internet também decorre de uma tradição em rede de computadores, entre estes o Bulletin Boards Systems (BBS), o qual se tratava de um movimento de “interconexão de computadores pessoais”, que ocorreu nos últimos anos da década de 1970. No ano de 1977, Ward Christensen e Randy Suess idealizaram um programa que chamaram de MODEM e, em 1978, fizeram outro, o “Computador Bulletin Board System”, sendo que o primeiro permitia a transferência de arquivo entre computadores pessoais e possibilitava aos computadores armazenar e transmitir mensagens.⁷⁶ Nesse sentido, Pierre Lévy aponta:

Sem que nenhuma instância dirigisse esse processo, as diferentes redes de computadores que se formaram desde o final dos anos 70 se juntaram umas às outras enquanto o número de pessoas e de computadores conectados à inter-rede começou a crescer de forma exponencial. Como no caso da invenção do computador pessoal, uma corrente cultural espontânea e imprevisível impôs um novo curso de desenvolvimento tecno-econômico. As tecnologias digitais surgiram, então, como a infraestrutura do ciberespaço, novo espaço da comunicação, da sociabilidade, da organização e de transação, mas também novo mercado da informação e do conhecimento.⁷⁷

⁷³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 13.

⁷⁴ CASTELLS, 2003, p. 15.

⁷⁵ ASCENSÃO, op. cit., p. 18.

⁷⁶ CASTELLS, op. cit., p.16.

⁷⁷ LÉVY, 2008, p. 32.

Além destas duas vertentes, os usuários do UNIX, sistema operacional liberado às universidades, criado pelos laboratórios Bells, em 1974, defendiam o “movimento da fonte aberta”. Na década de 70, muitos jovens brilhantes se deslocaram para o Vale do Silício, para o que à época era denominada de “meca tecnológica”, com o objetivo de formar grupos para troca de informações. Naquela época, lá estiveram Steve Jobs, Bill Gates, Steve Wozniak, que, futuramente, idealizariam companhias como Microsoft, Apple, Comenco e North Star.⁷⁸

No ano de 1991, adepto a este movimento, Lins Torvalds, um jovem da Universidade de Helsink, criou o LINUX, com base no UNIX, tendo distribuído gratuitamente pela rede mundial de computadores.⁷⁹ Outro avanço foi a utilização da “www”, criada pelo programador inglês Tim Berners-Lee, tornando possível que a Internet abarcasse o mundo inteiro. Segundo Manuel Castells,

ele definiu e implementou o software que permitia obter e acrescentar informação de e para qualquer computador conectado através da Internet: HTTP, HTML, e URI (mais tarde chamado de URL). Em colaboração com Robert Cailliau, Berners-Lee construiu um navegador/editor em dezembro de 1990, e chamou esse sistema de hipertexto de world wide *web*, a rede mundial. O software do navegador da *web* foi lançado na Net pelo CERN em agosto de 1991.⁸⁰

No início da década de noventa, surgiram expressões como “supervias de informação”, que se originou, sobretudo, de projetos oficiais de governo, no intento de tomar este poder em face de um ciberespaço que emergia.⁸¹ Em 1994, o “Netspace Navigator” é lançado como o primeiro navegador comercial.⁸² No ano seguinte, foi a vez da Microsoft, que criou o navegador Internet Explorer, acompanhado do software Windows 95. A Internet surgiu, portanto, “da improvável intersecção da *big Science*, da pesquisa militar e da cultura libertária”, somente chegando às empresas e ao público no ano de 1995.⁸³

Com o advento do computador pessoal, em face de um movimento social surgido na Califórnia, “Computers for the People”, que tinha como objetivo a apropriação desta tecnologia que, até aquele momento, era monopólio de grandes companhias, houve um crescimento progressivo da rede de computadores, conforme apontou Pierre Lévy.

Por outro lado, um verdadeiro movimento social nascido na Califórnia na efervescência da ‘contracultura’ apossou-se das novas possibilidades técnicas e inventou o computador pessoal. Desde então, o computador iria escapar

⁷⁸ CASTELLS, 2012, p. 102.

⁷⁹ CASTELLS, 2003, p. 16-17.

⁸⁰ Ibid., p.18.

⁸¹ LÉVY, 2008, p. 32.

⁸² CASTELLS, 2003, p.18.

⁸³ Ibid., p.19.

progressivamente dos serviços de processamento de dados de grandes empresas e dos programadores profissionais para tornar-se um instrumento de criação (de textos, imagens, de músicas), de organização (banco de dados, planilhas), de simulação (planilhas, ferramentas de apoio à decisão, programas para pesquisa), e de diversão (jogos) nas mãos de uma proporção crescente da população dos países desenvolvidos.⁸⁴

Michel Sandel aponta como causa do sucesso da indústria financeira, no final do século XX, início do século XXI, além do fim da Guerra Fria e da globalização do comércio e capital, o advento dos computadores pessoais e da Internet.⁸⁵ A Internet modificou a própria natureza do computador, na medida em que este deixa de ser uma simples máquina para se tornar um terminal de um “sistema global de comunicação”.⁸⁶ Centenas de milhões de pessoas valem-se de “incalculável soma de conteúdo digital em um universo on-line”.⁸⁷ Muitas empresas de telecomunicação e de computação passaram a fornecer serviços como e-mail (correio eletrônico) e outros serviços “on-line”, como CompuServe, America On Line (AOL) e Prodigy.⁸⁸ Conforme leciona Zaccaria,

all’origine delle trasformazioni che hanno interessato le tecnologie dell’informazione e della comunicazione si pongono alcune innovazioni fondamentali riconducibili: all’applicazione delle procedure informatiche computerizzate (c.d. telematica); all’introduzione di nuovi mezzi quali il cavo a fibre ottiche e il satellite; alla sostituzione dell tecnica analogica con quella numerico-digitale per la trasmissione dei segnali.⁸⁹

A Internet, com o tempo, avança em suas tecnologias, de mera comunicação via e-mail à *World Wide Web*. Como rede de comunicação, passou a ser utilizada para postar documentos de texto, de vídeo, software, bem como permitir seu intercâmbio.⁹⁰ Os sítios estão interligados pelos hyperlinks ou hiper nexos, que permitem o deslocamento do internauta de um sítio para outro.⁹¹ As conexões ocorrem também por telefone, utilizando diretamente conexões usadas por universidades e agências governamentais.⁹² Conforme Eric Schmidt,

⁸⁴ LÉVY, 2008, p. 126-127.

⁸⁵ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 27.

⁸⁶ BALLARINO, Tito. **Internet nel mondo della legge**. Padova: CEDAM, 1999, p. 1.

⁸⁷ SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 45.

⁸⁸ LÉVY, op. cit., p. 126-26.

⁸⁹ ZACCARIA; VALASTRO; ALBANESI, 2013, p. 206.

⁹⁰ CASTELLS, 2012, p. X.

⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 184.

⁹² CAVAZOS, Edward A.; MORIN, Gavino. **Cyber-space and the law: your rights and duties in the on-line world**. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1996, p. 1.

o que começou como um sistema de transmissão eletrônica de informação de um computador do tamanho de um cômodo para outro de dimensões equivalentes se transformou numa válvula de escape onipresente e infinitamente multifacetada para a expressão e a energia humanas.⁹³

A Internet permite diversas funções, desde o acesso à informação, o correio eletrônico, a prestação de serviço,⁹⁴ seguindo em crescimento progressivo, como salienta Castells.

Foi por isso que a Internet cresceu, e continua crescendo, numa velocidade sem precedentes, não só no número de redes, mas no âmbito de aplicações. Para que sequência ocorra, três condições são necessárias: primeiro, a arquitetura de interconexão deve ser ilimitada, descentralizada, distribuída, multidirecional em sua interatividade; segundo, todos os protocolos de comunicação e suas implementações devem ser abertos, distribuídos e suscetíveis de modificação (embora os criadores de protocolos e implementações para redes conservem a propriedade de parte de seu software); terceiro, as instituições de governo da rede devem ser montadas em conformidade com os princípios, enraizados na Internet, da abertura e da cooperação.⁹⁵

É relevante aduzir a importante evolução havida na transmissão, em face da introdução do sistema digital já que, inicialmente, somente o sistema analógico era utilizado para os sinais. Enquanto o sistema analógico consiste em uma “representação original de tais sinais”, o sistema digital decompõe imagens, dados e sons com “sua redução a um aglomerado de *bit*, isto é, impulsos em sucessão, que assumem o aspecto de um e zero”.⁹⁶ A Internet, dessa forma, apresenta-se como forma de comunicação digital, através da construção numérica, eletrônica,⁹⁷ ou seja, o poder dos dígitos, bits de 0 e 1, em uma aritmética binária⁹⁸, trata de toda a informação, seja som, texto, imagem, programas.⁹⁹ Além disso, a Internet voltou-se a instrumentos de busca, em que se tornou possível encontrar conteúdos através de palavra-chave ou “metatag”.¹⁰⁰

Cria-se um espaço telemático ou ciberespaço¹⁰¹, que significa o encontro da informática com os meios de comunicação, em que se evoluiu de computadores isolados para

⁹³ SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 40.

⁹⁴ BOCCHINI, Fernando. Introduzione. In: BOCCHINI, Fernando (Org.). **Diritto dei consumatori e nuove tecnologie**. Torino: Giappichelli, 2003, v. 1: Gli scambi, p. 1-21.

⁹⁵ CASTELLS, 2003, p. 28-29.

⁹⁶ ZACCARIA; VALASTRO; ALBANESI, 2013, p. 208.

⁹⁷ MARCONDES FILHO, 2013, p. 15.

⁹⁸ PAGALLO, Ugo. **Introduzione alla filosofia digitale**: da Leibniz a Chaitin. Torino: Giappichelli, 2005, p. 71.

⁹⁹ SANTAELLA, Lucia. **Navegar no ciberespaço**: o perfil cognitivo do leitor imersivo. São Paulo: Paulus, 2011b, p. 31.

¹⁰⁰ ASCENSÃO, 2001, p. 188.

¹⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem, Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 50. Segundo o autor: “Existe um novo espaço: o cibernético (ciberespaço), diferente do espaço físico, com uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade, posto que qualquer um pode redefinir códigos e interagir neste espaço, o

interconectados, atingindo o conceito de rede mundial de computadores.¹⁰² O termo “telemática” passa a ser a contração das palavras telecomunicação e informática que busca, além de uma rede de transmissão, para acessar distância longínquas, o fornecimento de serviço de informática ao usuário, em tempo real.¹⁰³ As informações cruzam continentes, permitindo a transmissão para qualquer pessoa no globo terrestre.¹⁰⁴ O consumidor da tecnologia é, simultaneamente, “prossumidor”, em face de criar, por “participar ativamente do processo de comunicação”¹⁰⁵, o que propulsou significativamente a rede das redes.

1.3 CLOUD COMPUTING

1.3.1 Origem

Em um primeiro momento, o armazenamento de informações ocorria nos “Mainframes”, grandes computadores, como um “núcleo quente e denso”, com entradas e saídas definidas para o processamento.¹⁰⁶ No ano de 1994, no Center of Excellence in Space Data Information Sciences (CESDIS), com a reunião de uma grande quantidade de computadores, os cientistas criaram um sistema distribuído de computação, com desempenho de forma cooperativa.¹⁰⁷ Com o tempo, surge, em um primeiro momento, o termo “computação em grade”. Importa salientar que esta fase se desenvolveu em razão da generosidade de muitos usuários que, durante o período ocioso de seus computadores pessoais, quando estavam em modo de proteção de tela, cediam “ciclos de CPU não utilizados” para dar maior capacidade de armazenamento.¹⁰⁸ O convite feito aos usuários, no exemplo da UC Berkeley SETI, era dirigido dessa forma:

A equipe UC Berkeley SETI descobriu que já há milhares de computadores que podem estar disponíveis para o uso. [...] O projeto SETI@home espera convencê-lo a nos emprestar seu computador quando você não estiver utilizando e nos ajudar a ‘[...] pesquisar novas vidas em novas civilizações’. Faremos isso com um screen saver que pode pegar uma quantidade de dados nossos da Internet, analisar esses dados e depois reportar os resultados de volta para nós. Quando você precisar usar

que converte em um objeto refratário às regras legais, as quais levam em conta tais elementos para decidir numerosos aspectos jurídicos.”

¹⁰² DELPIAZZO; VIEGA, 2004, v. 1, p. 51.

¹⁰³ ZACCARIA; VALASTRO; ALBANESI, 2013, p. 206.

¹⁰⁴ SANTAELLA, 2011, p. 32.

¹⁰⁵ AZAMBUJA, 2012, p. 673.

¹⁰⁶ CHEE, Brian J. S.; FRANKLIN JÚNIOR, Curtis. **Computação em nuvem: cloud computing, tecnologias e estratégias**. Tradução de Mario Moro. São Paulo: M. Books do Brasil, 2013, p. 30.

¹⁰⁷ Ibid., p. 31.

¹⁰⁸ Ibid., p. 31.

seu computador, nosso screen saver instantaneamente sairá e somente retornará a análise quando você tiver terminado seu trabalho.¹⁰⁹

Nesse sentido, Brian Chee conceitua “Computação em Grade”:

Podemos começar a dizendo que uma computação em grade é o uso dos múltiplos computadores trabalhando em um único problema ao mesmo tempo. Tudo bem até o momento, mas tal definição poderia se aplicar a muitas coisas que não são grades. O que torna essa computação coletiva uma grade? Três termos preenchem os detalhes necessários: estarem fracamente acoplados, geograficamente dispersos e serem heterogêneos.¹¹⁰

O momento posterior à “Computação em Grade” descortina-se pelo advento da *Web 2.0* e do conceito de Software como Serviço (Software as a Service), tornando propício o surgimento da Computação nas Nuvens.¹¹¹ Jonathan Baker compara a nova fase da *Cloud Computing* com a invenção da eletricidade, em substituição à luz de velas.

But first, what is cloud computing? Cloud computing is best described as connecting your home to the electricity of a power plant instead of using one’s own candles. Put another way, cloud computing is analogous to connecting a home to a city water supply when previously that home drew its water from a private, individual well. In cloud storage, a user receives a product by a common grid to which all the other users in the city (cloud) might have access.¹¹²

A *Web 2.0* apresenta-se como uma evolução do modelo da *Web 1.0*. Nesta, o usuário era um mero receptor passivo que apenas tinha acesso a notícias, informações e dados disponíveis, enquanto-na *Web 2.0* o usuário é consumidor e produtor de conteúdos, podendo compartilhá-los com os demais participantes da rede.¹¹³ Pieremilio Sammarco leciona,

Tutto ciò evidenzia una trasformazione di Internet che converge verso un modello di fruizione incentrato su di un rapporto sempre più stretto tra sito *web* ed utente. Si parla di *web 2.0*, per differenziarlo dal cosiddetto *web 1.0* rappresentato quest’ultimo prevalentemente da siti informativi statici che, al di là della navigazione tra le pagine caricate, l’uso delle e-mail e di motori di ricerca, non offrivano la possibilità di interazione con l’utente, cioè la capacità tecnica per quest’ultimo di contribuire ai contenuti informativi offerti on-line.¹¹⁴

¹⁰⁹ CHEE; FRANKLIN JÚNIOR, 2013, p. 42.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 38.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 53.

¹¹² BAKER, Jonathan. Flying in the Clouds: Practicing Law by Cloud Computing. **The Florida Bar Journal**, nov. 2011, p. 57.

¹¹³ PAGALLO, Ugo. Sul principio di responsabilità giuridica in rete. **Il Diritto dell’Informazione e Dell’Informatica**, Roma, v. 25, n. 4-5, p. 705-734, jul./out. 2009, p. 705.

¹¹⁴ SAMMARCO, Pieremilio. Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d’uso dei servizi del *web*. **Il Diritto dell’Informazione e Dell’Informatica**, Roma, v. 26, n. 6, p. 631-643, nov./dez. 2010, p. 631.

Merecem destaques as Redes Sociais da Internet (RSIs), as quais são consideradas “plataformas-rebentos da *Web 2.0*” uma vez que estimularam o intercâmbio de informações, com a alimentação de arquivos pelo próprio usuário, como é o caso da Wikipédia, o Youtube, os blogs, Facebook, Twitter, entre outras.¹¹⁵ Nessa interação entre o usuário e a rede, criou-se o campo fértil para a Cloud Computing, em face do “social networking”. É o que leciona Stefano Rodotà:

Il ‘social networking’, emblema del *Web 2.0*, esprime in modo radicale questo mutamento di punto di vista. Si va su Facebook per essere visti, per conquistare una identità pubblica permanente che supera il quarto d’ora di notorietà che Andy Wahrol riteneva dovesse divenire un diritto di ogni persona.¹¹⁶

Dessa forma, impulsiona-se a ideia de Software as a Service (SaaS), quando “um aplicativo é oferecido como um serviço aos clientes que o acessa através da Internet”,¹¹⁷ sendo possível a fruição remota de aplicativos oferecidos por terceiro.¹¹⁸ O usuário utiliza o serviço na medida de suas necessidades, através da Internet, ao invés de adquirir um produto¹¹⁹ ou equipamentos.

1.3.2 Conceito de Cloud Computing

A expressão *Cloud Computing*¹²⁰ não se trata de um termo familiar¹²¹ tampouco de aplicação cotidiana e, quando vertida para o português, significa “Computação nas nuvens”¹²². Ocorre que, diante da novidade e sua definição lúdica-metafórica, não raro ouvem-se afirmações como: “Um dia, ainda, vou ter uma nuvem na Internet” ou “Precisarei, no futuro, contratar este serviço”. Contudo, estas pessoas, na verdade, já utilizam esta tecnologia, sem mesmo ter conhecimento. Serviços de correio eletrônico, como Gmail e Hotmail, mídias sociais como Facebook e Twitter, operam valendo-se de *Cloud*

¹¹⁵ SANTAELLA, Lucia. **Redes sociais digitais**: a cognição conectiva do Twitter. São Paulo: Paulus, 2010. p. 7.

¹¹⁶ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 322.

¹¹⁷ VELTE; VELTE; ELSENPETER, 2012, p. 11.

¹¹⁸ MANTELERO, Alessandro. Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione de dati personali ed aziendali. **Il Diritto dell’Informazione e Dell’Informatica**, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 673-696, jul./out. 2010.

¹¹⁹ CARRAU, 2011, p. 78.

¹²⁰ SARAVIA, Andrés. La vida digital después de la muerte. **Derecho Informático**, Montevideo, n. 11, p. 205-214, 2010, p. 205-206. Segundo o autor, nos países de língua espanhola, denominado de ‘Cómputo en la Nube’.

¹²¹ LASICA, J. D. **Identity in the age of cloud computing**. Washington: The Aspen Institute, 2009, p. 5.

¹²² SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 596.

Computing.¹²³ DropBox, Google Drive, SkyDrive da Microsoft, Pinterest, são modalidades de nuvem de armazenamento, colaborando para que a projeção de usuários, em 2017, esteja na faixa de 1,3 bilhão.¹²⁴ Atualmente, sessenta e nove por cento (69%) dos americanos conectados na *Web* – sobretudo os jovens – utiliza algum tipo de cloud computing.¹²⁵ Conforme Eric Schmidt,

em linguagem leiga, computação na nuvem se refere a softwares hospedados na internet que o usuário não precisa manipular diretamente. Guardar documentos ou conteúdo na nuvem significa que os dados estão armazenados em servidores remotos e não em locais específicos ou no próprio computador da pessoa e podem ser acessados por várias redes ou usuários. Com a computação na nuvem, as atividades são mais rápidas, fáceis de difundir e mais capazes de lidar com um tráfego intenso.¹²⁶

Mantelero, a seu turno, assim conceitua a *Cloud Computing*:

Il *cloud computing* consiste in un insieme di tecnologie e risorse informatiche, accessibili direttamente on-line grazie allo sviluppo delle reti di comunicazione, autonomamente predisposto e controllato dall'impresa ovvero alla stessa fornito da terzi sotto forma di servizio.¹²⁷

Por sua vez, Richard Thompsom afirma que

although it is difficult to provide a precise definition of “cloud computing,” it is generally described as *web*-based services that allow users to access anything from e-mail to social media to banking to more complex programs like business computing. Traditionally, users would download software and manipulate data on their own computer, while in the cloud, this activity occurs over the Internet on a third-party computer.¹²⁸

A Computação nas Nuvens, portanto, descortina-se como um “novo paradigma”, pois, neste caso, não há mais necessidade de grandes investimentos, por parte de usuários, em hardwares (máquinas e equipamentos), tampouco softwares (programas por licença). Passa-se, em face do acesso a uma rede, para a utilização de hardware de terceiros e software como um serviço por demanda.¹²⁹ É o que se depreende da lição de Paul Lanois:

¹²³ THOMPSON, Richard. M. **Cloud computing**: constitutional and statutory privacy protections. Washington: Congressional Research Service, 2013, p. 1. Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43015.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

¹²⁴ Ibid., p. 1.

¹²⁵ LASICA, 2009, p. 5.

¹²⁶ SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 596.

¹²⁷ MANTELERO, 2010, p. 673.

¹²⁸ THOMPSON, op. cit., p. 1.

¹²⁹ CARRAU, 2011, p. 72-73. Nas palavras do autor: “mayoría de las personas estamos acostumbradas a que, si necesitamos un software, compramos un CD que contiene el software, o lo compramos y descargamos por

Because cloud-computing services require no software to purchase and install, the demand for *Web*-based software and information storage has exploded as users increasingly want to access every kind of information, any time and from anywhere. The success of cloud-based services such as Google's Gmail, (2) and the increased use of *Web* services such as Google Docs, (3) Flickr, (4) Picasa, (5) YouTube, (6) and Facebook (7) seem to indicate that the cloud has a bright future ahead of it.¹³⁰

Portanto, assomam-se à lista de nuvens: Flickr, Pinterest, Picasa e Youtube, todos marcados pela “fusão produzida entre a informática e as telecomunicações”, havendo a nuvem “um brilhante futuro pela frente”.¹³¹ A *Cloud Computing* possibilita que os data centers estejam em diferentes locais, espalhados pelo globo; contudo, para o usuário da nuvem é o mesmo como se estivessem todos próximos, lado a lado.¹³² No sentido topológico, trata-se da composição dos seguintes elementos: “clientes, data center e servidores distribuídos”.¹³³ As grandes empresas criaram os denominados “data center verdes”, localizados em áreas onde existem fontes de energias mais baratas, bem como a possibilidade de resfriamento, como no alto de montanhas, atendendo ao custo e ao meio ambiente.¹³⁴ A possibilidade de construir data centers em navios flutuantes foi avaliada pelo Google, em face do resfriamento pela água do mar, bem como por utilizar as ondas como fontes de energia.¹³⁵ Velte e Elsenpeter notificam este interesse pelas grandes empresas do setor de tecnologia.

Grandes nomes que você conhece estão disputando uma posição da nuvem. A Amazon, por exemplo, oferece várias fontes de nuvens a partir do seu Elastic Compute Cloud (EC2) para seu Simple Storage Service (S3), que faz parte do seu Amazon Web Services (AWS). O Google também disponibilizou um número de aplicativos on line. Os aplicativos básicos são grátis, mas as aplicações mais robustas podem ser acessadas adquirindo uma assinatura. A Microsoft está apostando alto com os novos e poderosos centros de dados ao serviço de milhões de usuários da computação em nuvem.¹³⁶

medio de Internet, o solicitamos al proveedor del software que lo instale en los servidores de la empresa. Cuando necesitamos hardware, por ejemplo si necesitamos servidores, simplemente compramos los servidores. La computación en nube promete hacer desaparecer ambas cosas.”

¹³⁰ LANOIS, Paul. Privacy in the age of the cloud. **Journal of Internet Law**, Aspen, p. 3-17, dez. 2011, p. 3. Disponível em: <http://3A%2F%2Fgo.galegroup.com%2Fps%2Ffi.do%3Fid%3DGALE%257CA274585710%26v%3D2.1%26u%3Dcapes58%26it%3Dr%26p%3DAONE%26sw%3Dw%26asid%3D2fd92e60c259afe44d7edade25817>.

¹³¹ CARRAU, 2011, p. 80.

¹³² VELTE; VELTE; ELSENPETER, 2012, p. 8.

¹³³ Ibid., p. 6.

¹³⁴ CHEE; FRANKLIN JÚNIOR, 2013, p. 33-35.

¹³⁵ CARRAU, op. cit., p. 82.

¹³⁶ VELTE; VELTE; ELSENPETER, 2012, p. XIV-XV.

Ou seja, muitas atividades que eram feitas exclusivamente no mundo físico passaram para o mundo digital.¹³⁷ É o caminho em direção à “Cloud City”¹³⁸. Eis a sua importância para o cotidiano das pessoas e, neste particular, a observação de todo este fenômeno pelos operadores do Direito.

1.3.3 Camadas da *Cloud Computing*

Com a evolução dos dispositivos eletrônicos, pautados pela concepção portátil e pessoal, na medida em que laptops, smartphones e outros periféricos eletrônicos conectam-se à Internet, verificou-se o crescimento da tecnologia *Cloud Computing*¹³⁹, com diferentes tipologias e áreas de aplicação, operando-se uma “dimensão sempre acessível e ampla”¹⁴⁰. Nos ensinamentos de Stefano Rodotà,

l’ultima questione riguarda il ‘cloud computing’. Con questa formula si indica sistematicamente una dimensione di Internet ampia, sempre accessibile, una struttura esterna dove singoli e organizzazioni possono collocare dati che non intendono gestire direttamente.¹⁴¹

Mantelero aponta três tipologias de *Cloud Computing*:

- a) Software as a Service (SaaS): o usuário vale-se da possibilidade de fruir, de forma remota, de aplicativos de software ofertados por terceiro, como é o caso do correio eletrônico¹⁴²;
- b) Platform as a Service (PaaS): não é ofertado um software, mas uma plataforma, composta de programas e serviços, em que é possível que se desenvolva com aplicativos que foram criados pelo mesmo usuário ou pelos que a adquiriram;¹⁴³

¹³⁷ THOMPSON, 2013.

¹³⁸ CHEE; FRANKLIN JÚNIOR, 2013, p. 35.

¹³⁹ FIRESTONE, Charles. Foreword. In: LASICA, J. D. **Identity in the age of cloud computing**. Washington: The Aspen Institute, 2009, p. VII.

¹⁴⁰ RODOTÀ, 2012, p. 332.

¹⁴¹ Ibid., p. 332.

¹⁴² MANTELERO, 2010, p. 682-683.

¹⁴³ Ibid., p. 682-683.

- c) Infrastructure as a Service (IaaS): é fornecido ao usuário recursos computacionais, com acesso remoto em qualquer lugar, ou seja, ubíquo.¹⁴⁴

Nas palavras de Carrau,

infrastructure as a Service (IaaS) o Infraestructura como Servicio. La infraestructura como servicio, también conocida como ‘Hardware as a Service’ (HaaS), es la provisión de diferentes tipos de hardware como servidores y enrutadores. Viene a reemplazar la compra del hardware por el cliente, el cual ahora accede a esa infraestructura en forma remota, a través de una red (generalmente Internet).¹⁴⁵

Stefanie Leimester et al. referem-se a “layers”, ou seja, a camadas, advertindo que a grande novidade apresentada é a prestação de serviços ao consumidor.

Although, many of the concepts do not appear to be new, the real innovation of cloud computing lies in the way it provides computing services to the customer. Various business models have evolved in recent times to provide services on different levels of abstraction. These services include providing software applications, programming platforms, data storage or computing infrastructure.¹⁴⁶

As camadas fornecem a base para construção de soluções computacionais (programas ou aplicativos), como o armazenamento de conteúdos para a utilização de softwares e hardwares, com estrutura remota. A criação de data centers remotos diminui custos operacionais, bem como permite acesso a múltiplas aplicações na Internet, como se os programas estivessem instalados na própria máquina do usuário.¹⁴⁷ Outra classificação, quanto à amplitude dos usuários, é a denominação de nuvens privadas e públicas. Em um primeiro momento, as grandes empresas tinham as suas “private clouds”, com informações e aplicações seguras, ligando seus escritórios, em canais criptografados através da Internet pública.¹⁴⁸ Trata-se da “nuvem interna”, que existe nos limites de uma empresa¹⁴⁹, sem acesso ao público externo. Com a oferta de serviços em nuvens públicas¹⁵⁰, as empresas

¹⁴⁴ MANTELERO, 2010, p. 682-683.

¹⁴⁵ CARRAU, 2011, p. 78.

¹⁴⁶ Ibid., p. 78.

¹⁴⁶ LEIMEISTER, Stefanie et al. **The business perspective of cloud computing: actors, roles and value networks**. 2010. ECIS 2010 Proceedings. Paper 56, p. 4 Disponível em: <<http://aisel.aisnet.org/ecis2010/56>>.

¹⁴⁷ VELTE; VELTE; ELSENPETER, 2012, p. 3-4.

¹⁴⁸ LASICA, 2009, p. 13.

¹⁴⁹ VELTE; VELTE; ELSENPETER, op. cit., p. 3-4.

¹⁵⁰ LASICA, op. cit., p. 13.

moveram para lá seus dados¹⁵¹, ou seja, nuvens externas em que “ambientes de computação estão abertos para o uso público”.¹⁵² Nesse sentido, referem Stefanie Leimester et al. que

according to Armbrust et al. ‘Cloud Computing refers to both the applications delivered as services over the Internet and the hardware and systems software in the datacenters that provide those services. The services themselves have long been referred to as Software as a Service (SaaS). The datacenter hardware and software is what we will call a Cloud. When a Cloud is made available in a pay-as-you-go manner to the general public, we call it a Public Cloud; the service being sold is Utility Computing. We use the term Private Cloud to refer to internal datacenters of a business or other organization, not made available to the general public.’¹⁵³

Portanto, a *Cloud Computing* que não é acessada pelo público em geral é denominada de *Private Cloud* ou “Nuvem Privada” e, por outro lado, quando se trata de um serviço oferecido a um público aberto, em geral, respeitando a privacidade do usuário (consumidor), trata-se de *Public Cloud* ou “Nuvem Pública”. Tendo em vista esta classificação, a nuvem privada é utilizada, especialmente, por empresas que necessitam de um alto grau de segurança, que buscam ter o total controle dos dados de seus clientes e que estejam armazenados em seu data center¹⁵⁴, como é o caso das instituições financeiras. A principal vantagem é a criação de uma nuvem sob medida, observadas as particularidades de cada empresa, com a quantidade de memória e capacidade de armazenamento para um dado usuário.

It's not just the ability to reach out and touch the servers. With a private cloud, a business can build just the amount of memory and storage it wants and make its own choices on software for databases and other systems, for instance. Organizations can also customize security to fit their needs and use the networking gear that ensures fastest connections to their data.¹⁵⁵

¹⁵¹ LASICA, 2009, p. 13.

¹⁵² VELTE; VELTE; ELSENPETER, 2012, p. 317.

¹⁵³ LEIMEISTER et al., 2010.

¹⁵⁴ GOHRING, Nancy. When to pick a private cloud. **Computerworld**, v. 47, n. 21, 2013. Disponível em: <[¹⁵⁵ Ibid.](http://link.periodicos.capes.gov.br.ez45.periodicos.capes.gov.br/sfxlcl41?ctx_ver=Z39.88-2004&ctx_enc=info:ofi/enc:UTF-8&ctx_tim=2014-05-27T01%3A12%3A36IST&url_ver=Z39.88-2004&url_ctx_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:ctx&rft_id=info:sid/primo.exlibrisgroup.com:primo3-Article-gale_ofa&rft_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:&rft.genre=article&rft.atitle=5%20things%20to%20consider%20when%20weighing%20public%20cloud%20against%20private%20cloud.&rft.jtitle=Network%20World&rft.btitle=&rft.aulast=&rft.aunit=&rft.aunit1=&rft.aunitm=&rft.ausuffix=&rft.au=&rft.aucorp=&rft.date=20140205&rft.volume=&rft.issue=&rft.part=&rft.quarter=&rft.ssn=&rft.spage=&rft.epage=&rft.pages=&rft.artnum=&rft.issn=0887-7661&rft.eissn=&rft.isbn=&rft.sici=&rft.coden=&rft_id=info:doi/&rft.object_id=&svc_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:sch_svc&rft.eisbn=&rft_dat=<gale_ofa>358155701</gale_ofa>&rft_id=info:oai/&svc.fulltext=yes>. Acesso em: 26 maio 2014.</p>
</div>
<div data-bbox=)

Neste caso, ao decidir armazenar seus dados “em casa”¹⁵⁶ deverá, periodicamente, investir em sua infraestrutura de armazenamento. Inviável, economicamente, sua utilização por pessoas naturais, em face do grande investimento a ser realizado.

A Nuvem Pública, por sua vez, permite o armazenamento de dados através de serviços em que é possível, de forma rápida, aumentar sua capacidade, pagando somente pelo volume utilizado de dados.¹⁵⁷ O custo é fundamental na escolha, o que torna mais adequado esta forma a pessoas naturais, que não necessitam de grandes e frequentes investimentos.

For private storage, the relevant cost constituents include the cost of hardware and software acquisition, integration, configuration, upgrade costs, as well as the recurring costs of renting floor space, power, bandwidth, and the cost of administration and maintenance. The cost of private storage is a function of the demand, its growth pattern and predictability, the time interval between storage acquisitions, and the pricing of the necessary equipment, software, and personnel, as well as various other expenses. Conversely, the cost of public cloud storage consists of the usage dependent costs of storage capacity, data transfer, and input/output requests (based on the pricing set by Amazon S3). Depending on the charging policy of the provider, the cost of the storage may be determined by the maximum volume of storage occupied during the charging period: for instance, Amazon *Web Services* (AWS) offerings apply charges based on the maximum storage capacity used in 12 h.¹⁵⁸

Além disso, os dados não estão armazenados “em casa”, mas nos data centers, ou seja, em qualquer lugar do mundo. David Lopes revela, ainda, as denominadas nuvens comunitárias e híbridas, com a seguinte conceituação:

También existen las denominadas nubes comunitarias – también llamadas compartidas– que han sido ideadas y organizadas con la finalidad de servir a un fin específico. En otros términos, la infraestructura tecnológica se comparte entre diversas organizaciones que mantienen objetivos certamente similares. Finalmente, las nubes híbridas serían una mezcla de las descritas anteriormente. En esta modalidad, los clientes pueden ser propietarios de unas partes y compartir otras con otros clientes, aunque, todo hay que decirlo, de una manera controlada. Ahora bien, cabe matizar que, si bien cada una mantiene sus características propias, trabajan en conjunto como si se tratase de una única unidad.¹⁵⁹

¹⁵⁶ LAATIKAINEN, Gabriela; MAZHELIS TYRVÄINEN, Pasi. **Role of acquisition intervals in private and public cloud storage costs**. 2014, p. 320–330. <<http://dx.doi.org/10.1016/j.dss.2013.09.020>>. Acesso em: 26 maio 2014.

¹⁵⁷ Ibid., p. 320.

¹⁵⁸ Ibid., p. 322.

¹⁵⁹ LÓPES JIMENEZ, David. La "computación en la nube" o cloud computing examinada desde el ordenamiento jurídico español: cloud computing analyzed from the spanish legal system. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n. 40, p. 689-709, ago. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100021>>. Acesso em: 26 maio 2014. ¹⁶⁰ RADFAHRER, Luli. **Enciclopédia da nuvem: 100 oportunidades e 550 ferramentas online para inspirar e expandir seus negócios**. Rio de Janeiro: Campus Elvevier, 2012, p. XVII. O autor chama de funcionalidades as possibilidades dos serviços oferecidos nas nuvens.

Após sua classificação, passa-se à análise de suas funcionalidades.

1.3.4 Funcionalidades da *Cloud Computing*

Muitas são as funcionalidades¹⁶⁰ da *Cloud Computing*. Velte e Elsenpeter referem as múltiplas possibilidades:

Como vimos anteriormente, existem centenas de fornecedores de armazenamento de nuvem na *web* e parece que surgem novos a cada dia. Não só existem provedores de armazenamento de propósito geral, mas há alguns que são muito especializados no que eles armazenam. Vamos olhar com mais atenção os principais mais tarde, mas aqui estão alguns exemplos de provedores de computação em nuvem especializados: O Google Docs (mostrado na Figura 7-1) permite que os usuários façam upload de documentos, planilhas e apresentações de dados para os servidores do Google. Esses arquivos podem ser editados usando uma aplicação Google. Os provedores de e-mail *web* como Gmail, Hotmail e Yahoo! Mail armazenam mensagens de correio eletrônico com seus próprios servidores. Os usuários podem acessar seus e-mails de computadores e de outros dispositivos conectados à Internet. O Flickr e o Picasa hospedam milhões de fotografias digitais. Os usuários podem criar seus próprios álbuns de fotos on-line. O YouTube hospeda milhões de arquivos de vídeos enviados pelo usuário. Hostmonster e o GoDaddy armazenam arquivos e dados para muitos clientes de *web* sites. O Facebook e o MySpace são os sites de redes sociais que permitem que os membros postem fotos e outros conteúdos. Esse conteúdo é armazenado em servidores da empresa. O MediaMax e o StrongSpace oferecem espaço de armazenamento para qualquer tipo de dados digitais.¹⁶¹

Nesse sentido, buscar-se-á elencar as principais funcionalidades¹⁶² de nuvens, já que permitem o armazenamento remoto de dados da vida pessoal e profissional, com capacidade praticamente ilimitada¹⁶³, como segue:

- a) Blogs: marcados pela versatilidade, permitem a publicação de conteúdos digitais com texto, fotos e vídeos. Tratam-se de “canais legítimos de expressão”, inclusive utilizados para publicação de diários¹⁶⁴;
- b) Redes Sociais Públicas: permitem que o usuário se comunique com seu público, com a alimentação de informações, opiniões, fotos, com possibilidade de cliques (curtir) e

¹⁶⁰ RADFAHRER, Luli. **Enciclopédia da nuvem**: 100 oportunidades e 550 ferramentas online para inspirar e expandir seus negócios. Rio de Janeiro: Campus Elvevier, 2012, p. XVII. O autor chama de funcionalidades as possibilidades dos serviços oferecidos nas nuvens.

¹⁶¹ VELTE; VELTE; ELSENPETER, 2012, p. 137.

¹⁶² RADFAHRER, op. cit., p. XVII. O autor chama de funcionalidades as possibilidades dos serviços oferecidos nas nuvens.

¹⁶³ SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 535.

¹⁶⁴ RADFAHRER, op. cit., p. 4.

- compartilhamento, bem como o envio de mensagens “in box” (de forma reservada), como ocorre com o Facebook, Twitter e LinkedIn;¹⁶⁵
- c) Serviços de Troca Imediata de Textos: a comunicação ocorre em tempo real, uma vez que se espera “do outro lado da linha” que haja a resposta, como o Live Messenger e Lync;¹⁶⁶
 - d) Serviços de venda de livros, músicas, entrevistas, jornais e revistas: permitem que livros sejam baixados e armazenados, em uma biblioteca virtual, como a Amazon.com¹⁶⁷;
 - e) Serviços Educacionais: ambientes virtuais para demandas especiais de aprendizagem, como cursos de línguas;¹⁶⁸
 - f) Serviços de listas de tarefas pessoais: em que é possível organizar tarefas por prioridade, por data e local, com dispositivos de notificação, como no caso da agenda do Gmail ou Wunderlist (The only way to organize your life and business);¹⁶⁹
 - g) Serviço de apresentação pessoal: trata-se de uma nuvem que permite uma apresentação pessoal e profissional com textos e imagens;¹⁷⁰
 - h) Serviço de armazenamento de documentos: armazenamento de arquivos (doc., pdf.), como é o caso do Dropbox;¹⁷¹
 - i) Serviços de armazenamento de fotos: caso de fotografias armazenadas, como Flickr e Instagram;¹⁷²
 - j) Serviço de edição e compartilhamento de documentos: permite aos usuários visualizar e debater modificações feitas em documentos, em tempo real. Além disso, permanecem registradas as alterações realizadas, como no caso do Google Docs;¹⁷³
 - k) Sistemas de Ensino: busca a criação de plataforma de ensino à distância, como é o caso do Moodle, possibilitando compartilhar conteúdos, armazenar as tarefas produzidas, administrar sistemas de avaliação, gerar notas e divulgar aprovações;¹⁷⁴
 - l) Serviços de correio eletrônico (e-mail): permitindo a troca de mensagens por e-mail, continua sendo muito utilizado, como Hotmail, Gmail, entre outros;

¹⁶⁵ Ibid., p. 6.

¹⁶⁶ RADFAHRER, 2012, p. 12-13.

¹⁶⁷ Ibid., p. 34-35.

¹⁶⁸ Ibid., p. 36-37.

¹⁶⁹ Ibid., p. 38-39.

¹⁷⁰ Ibid., p. 42-43.

¹⁷¹ Ibid., 2012, p. 45.

¹⁷² Ibid., p. 172.

¹⁷³ Ibid., p. 81.

¹⁷⁴ Ibid., p. 49.

- m) Serviço de repositório de vídeos pela Internet: trata de armazenamento de vídeos, criação de canais personalizados. É o caso do Youtube;¹⁷⁵
- n) Serviço de Escritório de Bolso: aplicativo para criação de textos, transporte e compartilhamento de documentos, como é o caso do Quick Office, em relação ao Microsoft Office, utilizado em dispositivos móveis, smartphones e dispositivos móveis;¹⁷⁶
- o) Serviços de transações financeiras: permite transações financeiras para finalidade de comércio eletrônico. Vendedores ou fornecedores arcam com uma comissão sobre o valor recebido para o administrador. É o caso do Paypal.¹⁷⁷
- p) Serviços de administração e informação de viagens: organização das principais informações acerca de viagens (horários, mapas, localizações e reservas), acessível por smartphones, como o Triplt. Ainda tem-se o Trip Advisor, que classifica-se como rede social voltada para opiniões acerca de hotéis, restaurantes, bares locais.¹⁷⁸
- q) Serviços Biomédicos: exames e dados que revelam o histórico pessoal de pacientes, disponível para profissionais da saúde.¹⁷⁹
- r) Serviços de Sound Cloud: compartilhamento de arquivos de áudios, possibilitando o comentário pelos usuários acerca de momentos específicos das músicas e sons.¹⁸⁰

Dessa forma, verifica-se que a *Cloud Computing* pode ser utilizada para a comunicação, divulgação de informações, trocas de mensagens sigilosas, armazenamento de dados, fins educacionais, organizacionais, de saúde, para transações financeiras, entretenimento. Não há dúvida que estas diversas funcionalidades devem ser observadas, caso a caso, quando de sua análise e estudo.

A partir de suas funcionalidades, é possível encontrar diversas vantagens: a) Redução de custos, pelo compartilhamento de recursos; b) Os custos não são mais preponderantemente

¹⁷⁵ Ibid., p. 219.

¹⁷⁶ RADFAHRER, 2012, p. 101.

¹⁷⁷ Ibid., p. 89.

¹⁷⁸ Ibid., p. 79.

¹⁷⁹ YANG, Y. Tony; BORG, Kari. Regulatory privacy protection for biomedical cloud computing. **Beijing Law Review**, n. 3, p. 145-151, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4236/blr.2012.34020>>. Nas palavras dos autores: “Advances in technology and progressions in *web*-based software have led to the ability to share information with ease and efficiency. In relation to health care, this has created the ability to access patient’s electronic medical records from virtually anywhere. Health care professionals now have the capability to save more lives with faster access to pertinent medical information. Medical researchers have also been utilizing this technology to compile data as well as allow other users the right to use the data for further exploration. These researchers are now gathering data from a virtual storage facility where they are able to store information and permit other researchers to access it as well. This form of storing data is known as *Cloud Computing*: operates through a third party organization that monitors the use, security, and accessibility of the stored data.”

¹⁸⁰ RADFAHRER, op. cit., p. 57.

da aquisição de hardwares, de infraestrutura, mas para a utilização de software; c) Menor impacto para o meio ambiente, inclusive, pela utilização de correio eletrônico; d) Mobilidade: possibilidade de acessar dados e buscar informações por uma gama de dispositivos tecnológicos.¹⁸¹

Interessante aplicação da *Cloud Computing* foi a conversão de 11 (onze) milhões de artigos do New York Times para o formato PDF, em menos de 24 horas, pela Amazon *Web Services*, tornando mais fácil seu acesso pela Internet.¹⁸² Dimitris Zissis e Dimitrios Lekkas referem que as “características chaves” da *Cloud Computing* são, entre outras: flexibilidade, elasticidade, acesso amplo à rede, localização independente, responsabilidade, economia de custos e sustentabilidade.¹⁸³

Por outro lado, existem desvantagens, tais como: a) Os data centers são enormes e necessitam de energia elétrica com custo baixo, clima frio, ar seco e fibra ótica; b) dificuldades na regulamentação dos data centers, já que a informação não estará em nenhuma parte e em todos os lugares; c) A possibilidade de acesso dos governos, na informação na nuvem; d) Questões atinentes à segurança da informação.¹⁸⁴

Em que pese o balanço entre as vantagens e desvantagens, Eric Schmidt, cujo discurso, em alguma medida, também é embalado por finalidades econômicas, o que merece uma análise com este cuidado, assim refere:

No futuro, as pessoas vão confiar cada vez mais no arquivamento na nuvem da mesma forma que passaram a confiar nos caixas eletrônicos-, sem detrimento do maquinário físico, e utilizarão empresas para armazenar uma parte de suas mais importantes informações, evitando os riscos de problemas de disco rígido, invasão de computadores ou perda de documentos. Esse sofisticado sistema de backup que utiliza múltiplas camadas vai tornar as interações on-line mais eficientes e produtivas, sem falar em menos angustiantes emocionalmente. A armazenagem quase permanente de dados terá um grande impacto sobre o modo como cidadãos operam no espaço virtual.¹⁸⁵

Como se passará a analisar o avanço dos meios de comunicação, sobretudo, a *Cloud Computing*, ver-se-á que esta alterou o comportamento social na denominada Sociedade da Informação, merecendo importante reflexão sobre os operadores do Direito.

¹⁸¹ CARRAU, 2011, p. 82.

¹⁸² MOWBRAY, Miranda. The fog over the grimpen mire: cloud computing and the law. **Scripted Journal of Law, Technology and Society**, v. 6, n; 1, Apr. 2009, p. 134. Disponível em: <www.hpl.hp.com/techreports/2009/HPL-2009-99.pdf>.

¹⁸³ ZISSIS, Dimitris; LEKKAS, Dimitrios. Addressing cloud computing security issues. **Future Generation Computer Systems**, n. 28, p. 583–592, 2012. Disponível em: <<http://www.elsevier.com/locate/fgcs>>. Acesso em: 9 jun. 2014, p. 584.

¹⁸⁴ CARRAU, op. cit., p. 83.

¹⁸⁵ SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 1038.

1.4 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E DIREITO

1.4.1 Tecnologia e Sociedade da Informação: Causa e Efeito.

Como visto, da história dos meios de comunicação à *Cloud Computing*, revelam-se profundas alterações que impactaram no comportamento do ser humano visto que, na idade pré-industrial, a pessoa via o mundo da informação exclusivamente de forma impressa, expositiva, estática e fixa; na Revolução Industrial, assistia a explosão do jornal, o universo da fotografia, do cinema; e, na transição da Revolução Industrial para a Eletrônica, observava a mudança do mundo físico para o virtual, para a incorporalidade.¹⁸⁶ Manuel Castells demonstra este impacto.

Os seres humanos vivenciam o tempo de diferentes maneiras, dependendo de como suas vidas são estruturadas e praticadas. Ao longo da história, o tempo foi definido por uma sequência de práticas e percepções. No entanto, os intervalos e o ritmo dessa sequência eram muitos diferentes, dependendo da organização social, da tecnologia, da cultura e da condição biológica da população.¹⁸⁷

A evolução dos meios de comunicação deu azo ao surgimento da Sociedade da Informação¹⁸⁸, pelo imenso “intercâmbio de informações pessoais”.¹⁸⁹ José de Oliveira Ascensão destacou esta relação causa-efeito: “Encontramos assim: - um objeto: os produtos multimídia; - um veículo: as auto-estradas da informação; - um resultado: a sociedade da informação”.¹⁹⁰ O slogan “Sociedade da Informação” consolidou-se a partir da reunião do Grupo G-7, em Nápoles, em junho de 1994.¹⁹¹ Aliás, denominação criticada por Ascensão que

¹⁸⁶ SANTAELLA, 2011b, p. 19. Nas palavras da autora: O primeiro, como já foi mencionado acima, é o leitor contemplativo, meditativo da idade pré-industrial, o leitor da era do livro impresso e da imagem expositiva, fixa. Esse tipo de leitor nasce no Renascimento e perdura hegemonicamente até meados do século XIX. [...] O segundo é o leitor do mundo em movimento, dinâmico, mundo híbrido, de misturar sígnicas, um leitor que é filho da Revolução Industrial e do aparecimento dos grandes centros urbanos: o homem na multidão. Esse leitor, que nasce com a explosão do jornal e com o universo reprodutivo da fotografia e do cinema, atravessa não só a era industrial, mas também suas características básicas quando se dá o advento da revolução eletrônica, era do apogeu da televisão. O terceiro tipo de leitor é aquele que começa a emergir nos novos espaços incorpóreos da virtualidade.

¹⁸⁷ CASTELLS, 2012, p. XXV.

¹⁸⁸ ASCENSÃO, 2001, p. 70.

¹⁸⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 8.

¹⁹⁰ ASCENSÃO, op. cit., p. 70.

¹⁹¹ Ibid., p. 45.

prefere “Sociedade da Comunicação Total”, uma vez que as pessoas teriam acesso ilimitado à informação.¹⁹²

Ricardo Luis Lorenzetti, por sua vez, sob a denominação de “Era Digital”, identifica os aspectos relevantes acerca da temática.

O surgimento da era digital suscitou a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à organização social, à democracia, à tecnologia, à privacidade, e à liberdade. O caráter aberto, interativo e global da internet, somado aos baixos custos da transação que apresenta como tecnologia, produzem um grande impacto em uma ampla categoria de questões pertencentes à sociologia jurídica e, logo, na dogmática: a noção de tempo, espaço, fronteira estatal, lugar, privacidade, bens públicos, e outras que aparecem igualmente afetadas.¹⁹³

Bauman intitula “era eletrônica” para sociedade digital, advertindo os jovens acerca dos estágios pretéritos e das grandes mudanças havidas no fluxo comunicacional.

Se você nasceu na ‘era eletrônica’, tudo isso pode ser um mero dado da realidade que não se questiona e parece insignificante. Esse quadro tornou-se tão integrado à vida cotidiana quanto o nascer do pôr do sol. Você dificilmente notaria quão profunda foi essa recente desvalorização do espaço. Então, nos permitamos fazer uma breve pausa e pensar como a condição humana muda uma vez que a comunicação toma o lugar do transporte como principal veículo da mobilidade, e quando a experiência e a crescente urgência do fluxo internacional já não dependem da distância.¹⁹⁴

Comprova-se que o trilhar do processo comunicacional foi quem trouxe a sociedade até o presente estágio. Independentemente das múltiplas denominações aplicadas, Guido Alpa aponta ganhos com o advento desta nova fase, no sentido da elevação cultural e da participação na vida social, havendo um salto de qualidade na conexão das informações.

Uno dei caratteri fondamentali della società moderna è dato della centralità dell’informazione, accompagnata dalla diffusione delle tecnologie informatiche. La pervasività dei mass media e lo sviluppo delle comunicazioni a distanza hanno prodotto effetti altamente positivi in termini di elevazione culturale e di partecipazione alla vita sociale; allo stesso modo la raccolta, l’elaborazione e la comunicazione dei dati effettuata in via manuale o mediante il computer hanno comportato la semplificazione delle operazioni, ma anche un salto di qualità nelle possibilità di connessione delle informazioni.¹⁹⁵

¹⁹² Ibid., p. 72.

¹⁹³ LORENZETTI, 2010, p. 50.

¹⁹⁴ BAUMAN; MAY, 2010, p. 179.

¹⁹⁵ ALPA, Guido. **La cultura delle regole**: storia del diritto civile italiano. Bari: Laterza, 2000, p. 385.

Em que pesem as vantagens apontadas, a Sociedade da Informação é marcada pelo individualismo e pela procura da boa vida,¹⁹⁶ sendo atingida por uma crise de valores, em que as relações humanas iniciam e terminam rapidamente.¹⁹⁷ Uma vida voltada para o consumo, orientada pelos desejos crescentes e “quereres voláteis”.¹⁹⁸ Os consumidores são transformados em mercadorias,¹⁹⁹ bem como seus partícipes não desenvolvem a habilidade social do encontro face a face²⁰⁰, sendo mais confortável a comunicação mediada por um computador. Os fornecedores tentam chamar a atenção dos consumidores, buscando preencher o tempo não utilizado, incluindo bens de informação, utilizando “qualquer brecha entre momentos de consumo que possa ser preenchida com mais informação”²⁰¹. Segundo Claudia Lima Marques,

a segunda crise do contrato adveio da chamada pós-modernidade ou das mudanças da sociedade contemporânea, desde o fim da segunda guerra mundial, em que a pós-industrialização lançou o pós-fordismo, em que os bens juridicamente relevantes, ou a riqueza econômica, passaram a ser os bens móveis imateriais e os fazeres ou serviços de massa, em que a privatização generalizada dos serviços públicos abalou a segurança do Estado, do bem-estar, em que a globalização da produção e da distribuição em escala e o crescente movimento de integração econômica superaram as fronteiras do Estado-Nação, diminuindo a intervenção protetiva estatal e deslegitimando os poderes estatais, como o Judiciário e o Legislativo, o que foi acompanhado por um movimento de renascimento da autonomia da vontade, dos árbitros e dos meios alternativos de solução de controvérsias, legitimando as chamadas regras do mercado e da lei dos mercadores (*lex mercatoria*), concentrando ainda mais o poder nas "empresas mundiais" e acompanhado da revolução das relações virtuais da sociedade da informação.²⁰²

Como se passará a avaliar, a Sociedade da Informação descortina alterações a) no tempo e espaço; b) na memória.

a) Efeito no Tempo e Espaço: o Ciberespaço

A tecnologia da informação impactou e impacta diretamente relações sociais visto que, com a aceleração do processo comunicacional, há efeito no tempo e na “espacialidade dos

¹⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2013a, p. 9.

¹⁹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Lo Spirito e il clic: la società contemporanea tra frenesia e bisogno di speranza**. Milano: San Paolo, 2013b, p. 23-40.

¹⁹⁸ BAUMAN, 2001, p. 90.

¹⁹⁹ BAUMAN, 2008, p. 20.

²⁰⁰ Ibid., p. 27.

²⁰¹ Ibid., p. 55.

²⁰² MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 1-52, abr. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?ndd=3&toctguid=brroot&stnew=true>>. Acesso em: 24 de jun. 2014, p. 3-4.

locais”.²⁰³ Há uma nova noção tempo e espaço²⁰⁴, havendo simultaneamente o espaço físico e espaço virtual, ou seja, o “ciberespaço”. William Gibson criou este termo em sua novela *Neuromancer*, no ano de 1984.²⁰⁵ O ciberespaço não exige pernas, tórax, abdômen; tão-somente os olhos, dedos e cérebro.²⁰⁶ A informática e a telecomunicação permitem que dados cruzem mares, continentes, hemisférios, criando uma “rede gigantesca de transmissão”, conectando pessoas em qualquer lugar do globo.²⁰⁷ Há um universo virtual que existe paralelamente ao físico.²⁰⁸ Segundo Marcondes Filho,

o espaço virtual jamais existiu em qualquer época do passado, nem poderia ser imaginado antes. Só se tem acesso a ele pela tela do computador, que funciona como um buraco, uma porta, um túnel. É um espaço tridimensional, mas paradoxalmente, como um holograma. Um espaço que visita permanecendo-se fisicamente no mesmo lugar de origem. As pessoas habitam simultaneamente em dois espaços, a mente se cliva em duas realidades, sem que isso constitua patologia mental.²⁰⁹

Pierre Lévy, por sua vez, assim conceitua o ciberespaço:

Como uso diversas vezes os termos ‘ciberespaço’ e ‘cibercultura’, parece-me adequado defini-los brevemente aqui. O ciberespaço (que também chamarei de ‘rede’) é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo.²¹⁰

Os seres humanos alimentam este universo, promovendo o seu crescimento, tendo a tecnologia modificado a natureza do diálogo humano.²¹¹ A mudança do analógico para o digital torna os dados voláteis e manipuláveis, com a substituição de hardware, dada possibilidade de armazenamento em nuvens.²¹² Há uma desterritorialização, sendo que

²⁰³ BAUMAN, 2010, p. 175.

²⁰⁴ MARCONDES FILHO, 2013, p. 87-88. Segundo o autor: A civilização virtual decreta a inutilidade da matéria e, por extensão, do corpo, dos espaços concretos, de toda a geografia. Matéria, corpo e geografia são categorias de baixo investimento na era tecnológica. Um corpo com pernas, tórax, abdômen, sexo, torna-se uma extensão inútil, visto que o ciberespaço nos exige apenas dois olhos, dois dedos para digitar e um cérebro para pensar.

²⁰⁵ SANTAELLA, Lucia. *Linguagens líquidas na era da mobilidade*. São Paulo: Paulus, 2011a, p. 177.

²⁰⁶ MARCONDES FILHO, 2013, p. 87-88. Segundo o autor: A civilização virtual decreta a inutilidade da matéria e, por extensão, do corpo, dos espaços concretos, de toda a geografia. Matéria, corpo e geografia são categorias de baixo investimento na era tecnológica. Um corpo com pernas, tórax, abdômen, sexo, torna-se uma extensão inútil, visto que o ciberespaço nos exige apenas dois olhos, dois dedos para digitar e um cérebro para pensar.

²⁰⁷ SANTAELLA, 2011b, p. 32.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 39.

²⁰⁹ MARCONDES FILHO, op. cit., p. 87.

²¹⁰ LÉVY, 2008, p. 17.

²¹¹ LASICA, 2009, p. 9. Nas palavras do autor: This changes the entire nature of the human dialogue.

²¹² MARCONDES FILHO, op. cit., p. 87.

“espaços-de-tempo” tornam-se “cada vez menores”.²¹³ Trata-se de um “novo tempo e hábitat de espírito”.²¹⁴ Erik Jayme acentua os fenômenos que marcam a Sociedade da Informação.

Efetivamente, nós assistimos a fenômenos contraditórios: de um lado, qualquer um pode facilmente se libertar das marras de sua existência limitada: velocidade, ubiquidade, liberdade; o espaço, para a comunicação, não existe mais.²¹⁵

Diferentemente do espaço físico, o ciberespaço conta com “uma arquitetura caracterizada por sua maleabilidade”.²¹⁶ Em poucos segundos, informações pessoais, financeiras, vídeos e áudios atravessam o globo, bem como através de “chat” podem dois usuários conectados em diferentes locais, separados por enormes distâncias, se comunicar em tempo real.²¹⁷ Dessa forma, alteram-se tempo e espaço.

b) Memória

A memória, antes da invenção da escrita, era conservada pelos ancestrais, que transmitiam as informações aos seus filhos e netos pela oralidade.²¹⁸ Nos ensinamentos de Ivan Izquierdo, “memória é a aquisição, conservação e evocação de informações. A aquisição se denomina também aprendizado. A evocação também se denomina recordação ou lembrança.”²¹⁹ Davi Hume diferenciou a Memória da Imaginação.

We find by experience, that when any impression has been presente with the mind, it again makes its appearance there as an idea; and this it may do after two different ways; either when in its new appearance it retains a considerable degree of its first vivacity, and is somewhat intermediate betwixt an impression and an idea: or when it entirely loses that vivacity, and is a perfect idea. The faculty, by wicht we repeat or impressions in the first manner, is called MEMORY, and the other the IMAGINATION.²²⁰

²¹³ AZAMBUJA, 2012, p. 390.

²¹⁴ Ibid., p. 1.

²¹⁵ JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, mar. 2003, p. 134.

²¹⁶ LORENZETTI, 2010, p. 50.

²¹⁷ CAVAZOS; MORIN, 1996, p. 2.

²¹⁸ AZAMBUJA, 2012, p. 268; p. 435.

²¹⁹ IZQUIERDO, Ivan. **Questões sobre a memória**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 15.

²²⁰ HUME, Davi. **A treatise of human nature**. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm>>. Acesso em 15 jan. 2015.

Na Sociedade da Informação, a memória parece ser ilimitada, é um “oceano de memória”.²²¹ Segundo Pierre Lévy, seu crescimento é “exponencial”, sendo que, atualmente, estando o computador ligado ao ciberespaço, é possível acessar a capacidade e a memória de outros computadores, ou seja, tornou-se imensurável a capacidade de cada usuário.²²² Natalino Irti, navegando na Internet, refere a existência de um depósito de memória, sem estar diante de uma cidade real.

Navigando in Internet – e bene fu rivelato lo sradicante lessico del mare -, non tocchiamo alcun approdo spaziale, ma soltanto risultati visivi o auditivi. Parole e suoni e figure, che non sono né qui né lì, ma nel puro spazio telematico. Se approdo, per modo d’esempio, al ‘sito’ di una libreria, consulto sì un deposito di memoria, ma non mi trovo certo nella strada di una città reale.²²³

Stefano Rodotà, a seu turno, revela sua preocupação sobre os traços deixados decorrentes da quantidade praticamente ilimitada de memória, ou seja, o que está escrito e as operações realizadas na Internet constam permanentemente na rede mundial de computadores.

E soprattutto, si evita che ciascuno sia implacabilmente seguito da qualsiasi traccia abbia lasciato nel corso della sua vita: e questo è un problema particolarmente rilevante quando la ‘traccia’ è il prodotto automatico dello svolgimento di qualsiasi attività (acquisto di beni o servizi, uso della televisione pay-per-view), e si presenta dunque nella forma dei transactional data.²²⁴

Nesse sentido, em face da enorme quantidade de dados disponíveis na rede mundial de computadores, sendo a memória praticamente ilimitada, questionamentos surgem acerca do direito a apagar certos dados que o usuário não mais deseja que venham a ser divulgados.

Si aggiunge a questi l’interrogativo se esiste o dovrebbe esistere un diritto a cancellare i dati dalla Rete, ovviamente in un senso diverso e più ampio rispetto al diritto riconosciuto già dal diritto alla protezione dei dati, e al diritto all’oblio; se debba crearsi il diritto a cancellare; se debba prospettarsi un diritto assoluto all’autodeterminazione informativa.²²⁵

Ademais, o fato de determinar a exclusão de arquivos ou dados da Internet não significa que os mesmos não possam ser recuperados. A característica de ser inapagável se

²²¹ FINOCCHIARO, Giusella. La memoria della rete e il diritto all’oblio. **Il Diritto dell’Informazione e Dell’Informatica**, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 391-404, jul./out. 2010, p. 392.

²²² LÉVY, 2008, p. 34; p. 44.

²²³ IRTI, 2006, p. 61.

²²⁴ RODOTÀ, Stefano. **Tecnopolica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**. Bari-Roma: Laterza, 1997, p. 156-158.

²²⁵ FINOCCHIARO, 2010, p. 396.

depreende da própria informação trazida pelo Dropbox, uma nuvem de armazenamento de arquivo e imagens.

O Histórico ilimitado é um recurso que oferece recuperação total de arquivos excluídos e de seu histórico de versões. Por padrão, todas as contas do Dropbox guardam um histórico de todos os arquivos excluídos e de versões anteriores de arquivos por um total de 30 dias. Se você adquirir o Histórico ilimitado para sua conta, o Dropbox salvará seus arquivos durante todo o tempo que você tiver o recurso, assim você não precisa mais se preocupar em perder um arquivo ou pasta excluída. O Histórico ilimitado está disponível para todas as contas Dropbox Pro por US\$ 3,99/mês ou US\$ 39,00/ano, dependendo do ciclo de faturamento. O recurso já vem incluído, sem custo adicional, em todas as contas Dropbox para Empresas.²²⁶

De igual forma, o rastro do Internauta pode ser redesenhado, buscando suas preferências, suas posições políticas e religiosas, apresentando uma radiografia do cidadão.

A multiplicação de processos informáticos que deixam rasto, multiplica também os meios de penetração na intimidade pessoal. O cruzamento de informações obtidas permite como que uma radiografia da vida de qualquer cidadão. A devassa da vida privada fica praticamente completa. E com isto, a vulnerabilidade de cada um a todo o tipo de pressões ou chantagens. Com a internet chega-se a resultados espantosos. O navegante na Internet, que pensa que realiza uma pesquisa que não deixa indícios, está afinal a deixar atrás de si algo que é como que o seu retrato. Os seus movimentos são gravados. Com eles consegue-se, através de programas apropriados, traçar o perfil de cada internauta. [...] E assim, quando ele se dirige a um sítio comercial, por exemplo, o ‘navegador’ (programa de busca) elaborou já com base nos pedidos anteriores a informação que lhe concerne. A resposta que lhe é dada não é uma resposta objectiva e uniforme, contra o que se supõe, mas uma resposta já adequada às preferências detectadas daquele internauta.²²⁷

Nesse sentido, tecnicamente, é possível recuperar arquivos já apagados, o que Salvatore Sica e Zeno Zencovich denominam de “tracciabilità eterna”,²²⁸ bem como reunir dados relativos a preferências, gostos, informações gerais dos usuários.

1.4.2 Direito na Sociedade da Informação

Os novos contornos dados ao tempo, ao espaço e à memória, em razão dos avanços tecnológicos que caracterizam a Sociedade da Informação, merecem reflexões àqueles que se dedicam ao Direito. É o que leciona Cesare Massimo Bianca:

²²⁶ Disponível em: <https://www.dropbox.com/help/113/pt_BR>. Acesso em: 1 jun. 2014.

²²⁷ ASCENSÃO, 2001, p. 186.

²²⁸ SICA, Salvatore; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet. *Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica*, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 377-389, jul./out. 2010, p. 387.

La considerazione dell'essenziale interdependenza tra diritto e società è importante al fine di intendere perchè esiste un ordenamento giuridico. Le stesse esigenze che spingono l'uomo alla vita associata. Esse non sono solamente di natura economica ma investono tutti gli interesse fondamentali dell'uomo che possono essere soddisfatti la solidarietà o il rispetto degli altri.²²⁹

Os problemas que surgem com a telemática²³⁰ fazem com que reflexões sejam travadas, posições sejam tomadas. O questionamento sobre o “calar” ou o “falar” do Direito, neste campo, é posto em evidência. A Sociedade da Informação põe em xeque o território, elemento essencial na legiferação e na aplicação do Direito.

O Estado nacional está unido à noção do território onde exerce a sua jurisdição, e a legislação estatal imperativa depende deste nexos. Se uma tecnologia permite ingressar na jurisdição estatal sem passar pelas barreiras estabelecidas para o espaço físico, estamos com problemas: a) os indivíduos podem contratar a venda ou o uso dos bens de forma digital, da publicidade, transmitir mensagens de todo o tipo, ignorando o sistema jurídico nacional aplicável ao território onde vivem; b) podem violar o regime de importação ou exportação, as aduanas e os impostos, com compra de bens digitalizados; não existem o *container* nem a maleta, que são elementos levados em conta para o controle; c) fenômenos vinculados ao consumo, como o *download* de livros eletrônicos, serviços de viagens, turismo, intermediação financeira, bancários, *softwares*, consultoria, educação, prestações de saúde, assessoramento imobiliário, podem estar fora do controle do ordenamento público; d) temas tão diversos como a proibição de jogo e da pornografia, as barreiras de entrada ao mercado, passam a enfrentar sérios desafios frente à penetração do meio eletrônico.²³¹

Nessa linha, uma vez que o mundo digital acaba por não estar limitado pelas “leis terrestres”,²³² surgiram posições antagônicas acerca da intervenção ou não dos ordenamentos jurídicos nacionais e, inclusive, sobre normas supranacionais, no ciberespaço. A relação entre o Direito e a Internet passa a ser objeto de análise.

1.4.2.1 Posição Não-Intervencionista

Lawrence Lessig referiu que o Pós-Comunismo Europeu esteve entre os fatores relevantes na fundamentação da posição não-intervencionista do direito estatal, no sentido da

²²⁹ BIANCA, Massimo. **Diritto civile**: la norma giuridica, i soggetti. Milano: Giuffrè, 2002, v. 1, p. 6.

²³⁰ DELPIAZZO, E. Carlos; VIEGA, María José. **Lecciones de derecho telemático**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004, v. 1, p. 66-67. Nas palavras do autor: ‘Su calificación como telemático deriva de la aplicación de la expresión “telemática”, la cual fue inicialmente usada por los autores del informe presentado en 1978 al entonces Presidente de Francia, Valery Giscard d’Estaing, y publicado ese mismo año bajo el título de ‘La informatización de la sociedad’, para designar la imbricación creciente de los computadores y de las telecomunicaciones.’

²³¹ LORENZETTI, 2010, p. 51-52.

²³² SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 45.

independência do Ciberespaço²³³, ou seja, “the society of this space would be a fully self-ordering entity, cleansed of governors and free from political hacks”.²³⁴ Reação que se justificou em face do extremo controle desempenhado pelo Estado Comunista. Dessa forma, a Internet seria um “universo paralelo”, onde se “operam e se autoproduzem regras sociais de comportamento suas e próprias”.²³⁵

Exsurgir-se-ia, assim, uma *Lex Informatica*²³⁶, pela autopoiese²³⁷, com normas autogeradas, decorrentes de fontes não-estatais.²³⁸ Tal posicionamento decorre da tendência de que a Internet, como “um fenômeno em si”²³⁹ e “pela sua originalidade e peculiaridade”²⁴⁰, não seria objeto de um direito estatal, sendo seus comandos decorrentes de autorregulação. Nas palavras de Jack L. Goldsmith, os céticos da regulação trazem seus fundamentos para a não-intervenção.

The regulation skeptics make both descriptive and normative claims. On the descriptive side, they claim that the application of geographically based conceptions of legal regulation and choice of law to a-geographical cyberspace activity either makes no sense or leads to hopeless confusion. On the normative side, they argue that because cyberspace transactions occur "simultaneously and equally" in all national jurisdictions, regulation of the flow of this information by any particular national jurisdiction illegitimately produces significant negative spillover effects in other jurisdictions. [...] The regulation skeptics conclude from these arguments that national regulators should "defer to the self-regulatory efforts of Cyberspace participants."²⁴¹

Em suma, os denominados “céticos da regulação” são contrários à intervenção, em razão de compreender ser inaplicável uma legislação territorial sobre um espaço a-geográfico, que é o ciberespaço, bem como reconhecem a fluidez das normas jurídicas, que acabariam por interferir negativamente em outras jurisdições, como efeitos colaterais (*spillovers effects*), opinando pela autorregulação dos usuários.

²³³ LESSIG, Lawrence. **Code Version 2.0**. New York: Lawrence Lessig CC Attribution-ShareAlike, 2006. Versão Kindle, p. 165.

²³⁴ Ibid., p. 173.

²³⁵ ROSSELLO, Carlo. Riflessioni. De Jure Condendo in materia di responsabilità del provider. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 26, n. 6, p. 617-629, nov./dez. 2010, p. 618.

²³⁶ LESSIG, 2006, p. 214.

²³⁷ ROSSELLO, 2010, p. 618.

²³⁸ Ibid., p. 618.

²³⁹ RICCIUTO, Vincenzo. La tutela della persona di fronte alle reti telematiche: I profili generali in tema di riservatezza, segretezza e anonimato. In: NIVARRA, Luca; Ricciuto, Vincenzo (Org.). **Internet e il diritto dei privati: persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche**. Torino: Giappichelli, 2002, p. 3-23, p. 6.

²⁴⁰ Ibid., p. 6.

²⁴¹ GOLDSMITH, Jack L. Against cyberanarchy. **University of Chicago Law Review**, Chicago, p. 1199-1250, 1998, p. 1200. Disponível em: <<http://cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/cyberanarchy.html>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

Patrícia Peck Pinheiro esclarece o posicionamento acima mencionado:

O Direito Digital tem como princípio normativo a Autorregulamentação, ou seja, o deslocamento do eixo legislativo para os participantes e interessados diretos na proteção de determinado direito e na solução de determinada controvérsia. Sendo assim, o Direito Digital possibilita uma via paralela que não a via legislativa para criar regras de conduta para a sociedade digital ditadas e determinadas pela própria sociedade.²⁴²

Importa destacar que a posição não-intervencionista é própria da modernidade líquida²⁴³, pautada pela anomia²⁴⁴, em que o consumo “deve se bastar sem normas”.²⁴⁵ Os consumidores do ciberespaço invocam a “netiqueta”²⁴⁶, ou seja, “leis consuetudinárias – não escritas”, com uma “forte moral social”,²⁴⁷ sob o argumento de que não é necessária a regulamentação estatal ou supranacional. Aqueles que combatem a “hiperlegislação”, denominam o movimento por tudo tornar lei como “pangiuridicismo”.²⁴⁸ A recusa à intervenção estatal dá-se por grande parte dos internautas, que desejam manter seu “espaço de liberdade”.²⁴⁹ É um “mundo de liberdade”, no entanto, trata-se de um “instrumento perigoso”.²⁵⁰ Entretanto, na medida em que mais e mais as relações sociais migram para o mundo da Internet, torna-se questionável este posicionamento por diminuir a esfera de atuação do Direito.

1.4.2.2 Posição de Regulação da Internet

Importa destacar que, com o passar dos anos, em que pese a modernidade líquida²⁵¹, a posição no sentido da regulação vem aumentando sua influência. Por exemplo, Lawrence Lessig, no ano de 1999, escreveu o livro *Code and Other Laws of Cyberspace*, defendendo fortemente a não-intervenção estatal no mundo virtual. Passados alguns anos, em 2006, ao

²⁴² PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 103.

²⁴³ BAUMAN, 2001, p. 28.

²⁴⁴ Ibid., p. 28.

²⁴⁵ Ibid., p. 90.

²⁴⁶ LÉVY, 2008, p. 128.

²⁴⁷ Ibid., p. 128.

²⁴⁸ ALPA, 2000, p. 394.

²⁴⁹ MANCINI, Anna. **Justice et internet: une philosophie du droit pour le monde virtuel**. Paris: Buenos Books International, 2004, Versão Kindle, posição 77.

²⁵⁰ FRANZONI, Massimo. Il risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità su internet In: NIVARRA, Luca; Ricciuto, Vincenzo (Org.). **Internet e il diritto dei privati: persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche**. Torino: Giappichelli, 2002, p. 127-136, p. 128.

²⁵¹ BAUMAN, 2001, p. 28.

atualizar sua obra, tendo-a denominado de *Code Version 2.0*, abrandou sua posição ao afirmar que a “liberdade não é a ausência do Estado”, reconhecendo uma “Second Life”²⁵², uma realidade on-line.

Liberty in cyberspace will not come from the absence of the state. Liberty there, as anywhere, will come from a state of a certain kind. We build a world where freedom can flourish not by removing from society any self-conscious control, but by setting it in a place where a particular kind of self-conscious control survives. We build liberty as our founders did, by setting society upon a certain constitution.²⁵³

A necessidade de uma “legislação própria”²⁵⁴, dado o “aparecimento muito rápido de novos problemas”²⁵⁵, faz com que os governos, paulatinamente, venham a regular o mundo virtual, assim como já ocorrido no mundo físico.²⁵⁶ Bruno Miragem adverte sobre a importância de sua regulação dada a sua integração ao cotidiano.

O fenômeno da rede mundial de computadores - Internet - desde o seu surgimento, e em face do seu desenvolvimento mais recente, integrando-se ao cotidiano de um número cada vez maior de pessoas, despertou desde logo o interesse dos juristas, e de inúmeras obras jurídicas que estudam desde seus reflexos no universo das relações sociais e jurídicas subjacentes, até novas questões que decorrem diretamente destas inovações tecnológicas, como o comércio eletrônico, a proteção dos direitos autorais ou a proteção de crianças quanto ao conteúdo divulgado na rede mundial de computadores.²⁵⁷

Goldsmith avalia a conduta dos “céticos da regulação”, já mencionados, apontando os erros cardeais daqueles que se posicionam contrariamente à produção legislativa no ciberespaço.

The skeptics make three basic errors. First, they overstate the differences between cyberspace transactions and other transnational transactions. Both involve people in real space in one territorial jurisdiction transacting with people in real space in another territorial jurisdiction in a way that sometimes causes real-world harms. In both contexts, the state in which the harms are suffered has a legitimate interest in regulating the activity that produces the harms. Second, the skeptics do not attend to the distinction between default laws and mandatory laws. Their ultimate normative claim that cyberspace should be self-regulated makes sense with respect to default laws that, by definition, private parties can modify to fit their needs. It makes much

²⁵² LESSIG, 2006, Versão Kindle, posição 290.

²⁵³ LESSIG, 2006, Versão Kindle, posição 185.

²⁵⁴ ASCENSÃO, 2001, p. 212.

²⁵⁵ Ibid., p. 286.

²⁵⁶ SCHMIDT; COHEN, 2013, Kindle Edition, posição 1.634.

²⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais na regulação jurídica da internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 70, p. 1-42, abr. 2009, p. 2. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/tocectory?ndd=3&tocguid=brroot&stnew=true>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

less sense with respect to mandanotory or regulatory laws that, for paternalistic reasons or in order to protect third parties, place limits on private legal ordering. Third, the skeptics underestimate the potential of traditional legal tools and technology to resolve the multijurisdictional regulatory problems implicated by cyberspace. Cyberspace transactions do not inherently warrant any more deference by national regulators, and are not significantly less resistant to the tools of conflict of laws, than other transnational transactions.²⁵⁸

Portanto, pelo que se depreende dos ensinamentos de Goldsmith, os “céticos da regulação” incorrem em três erros: a) exageram nas diferenças entre uma transação comercial no ciberespaço e outras transações transnacionais que, em última instância, acabam por envolver, em ambos os casos, pessoas no mundo real; b) não diferenciam leis padrões (leis gerais) e normas cogentes e, dessa forma, não consideram a possibilidade das partes disporem sobre as necessidades de cada contrato; c) menosprezam a Lei, como tradicionalmente concebida, aduzindo não ser o meio hábil para resolver problemas que envolvem regulamentações de múltiplas jurisdições, como ocorre no ciberespaço.

A apreensão destes erros favorece o encontro da solução. Percebe-se, mais e mais, a necessidade do Direito de apropriar-se também como objeto de regulação da vida *on-line*. Conforme Brian Neill,

[...] I hope to examine the nature and extent of the rights which a civilised society should accord to the individual to protect him from incursions by others into his private life and his private affairs and from the commercial exploitation by other of his name and personality.²⁵⁹

Dessa forma, a pessoa, as obrigações, os contratos, a propriedade, a extinção das relações jurídicas, migram do real para o virtual, devendo o operador do Direito passar a ter um “espírito inovador” e “compreender as novas regras do jogo”,²⁶⁰ não se limitando a posições clássicas que se fundavam na territorialidade, como se passa a analisar.

1.4.2.3 Problemas de Geo-Direito e a Regulação em direção à Pessoa Humana

Natalino Irti, nas primeiras linhas de obra diretamente voltada para a temática do direito e o território, ensina: “Il diritto ha bisogno del ‘dove’”²⁶¹. Ou seja, para o direito é necessário o “onde”, o lugar, o território. Importa ressaltar que, por longos anos, as normas

²⁵⁸ GOLDSMITH, 2014, p. 1200-1201.

²⁵⁹ NEILL, Brian. Privacy: a challenge for the next century. In: MARKESINIS, Basil S. (Org.). **Protecting privacy**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 2-28, p. 2.

²⁶⁰ MANCINI, 2004, Versão Kindle, posição 21. Segundo a autora: «Il faut faire preuve d’un esprit novateur et comprendre les nouvelles règles du jeu.»

²⁶¹ IRTI, 2006, p. 110.

jurídicas, ao serem estruturadas, foram pensadas unicamente sob este viés, integrando em sua estrutura a “terra, o lugar, o território”²⁶². É o que visualizou Hans Kelsen ao formular um sistema de normas sobre um determinado território, com base na soberania do Estado.²⁶³ Expressões como domicílio, residência, lugar para cumprimento das obrigações, revelam-se ao longo dos comandos normativos, demonstrando a influência deste sistema no Direito.²⁶⁴ Portanto, aplicava-se única e exclusivamente a teoria da “Impenetrabilidade do Estado”, em que o Estado era como um cone voltado para o centro da terra, no qual imperavam as regras jurídicas por ele produzidas naquele determinado território.²⁶⁵

Com as relações jurídicas de troca entre as economias internacionais, foi rompido o círculo “território-política-direito”²⁶⁶, exigindo que os Estados se preocupassem com o exterior. Contudo, dada a necessidade do meio físico, ainda era possível controlar a movimentação de mercadorias nos limites territoriais. Ocorre que, ao ser substituído o material pelo imaterial, impôs-se uma grande mudança em relação ao pensamento do mundo jurídico clássico, como revelou Anna Mancini.

Nous verrons dans ce chapitre, comment la terre ou le territoire jouent un rôle fondamental dans notre monde classique et à quel point cette notion de territoire, qui structure toute la pensée juridique positiviste, fait complètement défaut dans le cyberspace, rendant par là-même inopérante la démarche juridique traditionnelle? Un monde juridique classique attaché depuis ses origines à la terre ne peut qu’être perplexe et désorienté face à un monde virtuel sans terre et sans frontières.²⁶⁷

Erik Jayme, ao tratar do comércio eletrônico, apontou a ubiquidade da Internet como propulsor do surgimento de conflitos legislativos e de jurisdição, no enfrentamento do caso concreto.

Em se tratando do comércio eletrônico e dos litígios relativos aos negócios comerciais que tem como base a Internet, a ubiquidade deste meio de comunicação enseja muitas questões jurídicas, particularmente em matéria de conflitos de leis e de conflitos de jurisdição, onde pressupõem-se conexões territoriais. Em matéria de contratos concluídos pela Internet, a questão que se coloca é a de saber se as empresas que oferecem seus serviços por Internet, assim como os provedores, podem ser atraídas para o tribunal de domicílio de cada um dos usuários. As regras de competência judiciária, tais quais as conhecemos, por exemplo, na Convenção de Bruxelas de 1968, protegem o consumidor em lhe dando a faculdade de iniciar a demanda contratual no tribunal de seu domicílio. Esta faculdade não pode ser excluída por uma cláusula "Internet", que atribuiria a jurisdição da sede da empresa

²⁶² MANCINI, 2004, Versão Kindle, posição 214.

²⁶³ Ibid., Versão Kindle, posição 342.

²⁶⁴ IRTI, 2006, p. 3.

²⁶⁵ BALLARINO, 1999, p. 12.

²⁶⁶ IRTI, op. cit., p. 10.

²⁶⁷ MANCINI, op. cit., Versão Kindle, posição 135.

que fornece a mercadoria ou serviço por este meio. A mesma questão é posta quanto à lei aplicável a estes contratos. As leis imperativas do Estado no qual o consumidor tem seu domicílio não podem ser excluídas. No que concerne aos atos ilícitos cometidos através da Internet, a ubiquidade deste instrumento de comunicação conduz igualmente a perguntas sobre a possível localização dos litígios.²⁶⁸

Nesse sentido, justificável a perplexidade e desorientação por parte dos operadores do Direito, em razão de um mundo virtual, sem limites territoriais, ao arrepio do mundo jurídico clássico e suas antigas soluções. A circulação imaterial de dados faz com que os internacionalistas reconheçam a crise do “princípio da territorialidade, no direito internacional”.²⁶⁹ O Direito se torna “desenraizado”, “mais livre e ágil”:

Qui il diritto non ha organici legami con una parte della superficie terrestre, ma si presenta, per così dire, sradicato, reso compatibile con qualsiasi posizione nello spazio. Un diritto *déraciné*, appunto perché sciolto da connessioni originarie con i luoghi, si presta a usi più liberi e agili, e si mostra capace di ricevere contenuti vari e inattesi.²⁷⁰

Dessa forma, há que se “pensar o direito além dos vínculos terrestres”²⁷¹, criar uma nova “epiderme do mundo”²⁷², em que o próprio direito venha a se tornar o “centro da existência”.²⁷³ O espaço deixa de ser a “essência do direito”²⁷⁴ para se tornar a “medida de sua projeção”.²⁷⁵ Por consequência, a existência do Direito não decorre da dimensão terrestre, mas da vontade legislativa, dos acordos internacionais, alargando e expandido seus limites.²⁷⁶ Há que se destacar que a vinculação da lei ao território nunca foi aplicada de forma absoluta, sem exceções, visto que existem situações como a Antártida, onde não se aplica a jurisdição do território, o que se denomina de *jurisdictional no-man’s land*²⁷⁷, bem como o caso de embarcações em alto mar, onde se aplica-se o ordenamento jurídico da bandeira do navio.²⁷⁸ Nesse caminho, a solução para a regulação não pode ser a “não-regulação”, diante da alegada inviabilidade de vincular o direito a um território, dobrando-se ao potencial tecnológico. Importa destacar que inúmeros doutrinadores já apresentaram as alternativas jurídicas.

Irti, por exemplo, aponta, como resposta ao fenômeno da globalização, que os Estados, no exercício de sua soberania, criem normas internacionais, mediante protocolos de intenções

²⁶⁸ JAYME, 2003, p. 137.

²⁶⁹ MANCINI, op. cit., Versão Kindle, posição 350.

²⁷⁰ IRTI, 2006, p. 7.

²⁷¹ Ibid., p. 33.

²⁷² Ibid., p. 33.

²⁷³ Ibid., p. 33.d

²⁷⁴ Ibid., p. 42.

²⁷⁵ Ibid., p. 42.

²⁷⁶ Ibid., p. 55.

²⁷⁷ BALLARINO, 1999, p. 39.

²⁷⁸ Ibid., p. 40-41.

e cooperação, dando soluções políticas possíveis de resolver os problemas planetários.²⁷⁹ E, em face da “artificialidade normativa”²⁸⁰, que inúmeras sejam as soluções possíveis para a aplicação da lei, tais como: o lugar da execução da prestação, onde está o computador, a cidadania do usuário, entre outros²⁸¹. Corroborando esta posição, Goldsmith defende a harmonização internacional, com a proliferação de organizações internacionais, cumulada com os meios de comunicação e transporte, como forma de vencer a questão territorial.

International harmonization is not always (or even usually) the best response to the spillovers and evasions that result from unilateral regulation. And harmonization is often not easy to achieve. However, the proliferation of international organizations, in combination with modern means of communication and transportation, has helped to facilitate international harmonization. Harmonization is especially likely in those contexts-like many aspects of criminal law enforcement-where nations' interests converge and the gains from cooperation are high. But nations sometimes lack the incentive to participate in international regimes, and there are often international and domestic political economy obstacles to harmonization. It is too early to tell how successful international efforts will be in addressing the challenges of cyberspace. It is clear, however, that international harmonization will play an important role in nations' overall cyberspace-regulation strategy.²⁸²

Ricardo Luis Lorenzetti posiciona-se, no mesmo sentido, quanto à solução das questões atinentes ao ciberespaço, no sentido de estimular normas que surjam de fontes comunitárias ou mesmo decorrentes de tratados internacionais, criando critérios comuns mínimos.

Si existiera una respuesta afirmativa sobre la necesidad de regular institucionalmente el funcionamiento de la red, deberíamos enfrentar el problema de la autoridad reguladora. Internet crece rápidamente, crece caóticamente y no deja de crecer en una escala global, lo cual la hace resistente a las pretensiones normalizadoras de los sistemas jurídicos nacionales. Hay intentos basados en las barreras nacionales, y en la "soberanía informativa", pero con alto riesgo en cuanto al aislamiento y la ineficacia. Se sostiene entonces la necesidad de sancionar normas de fuente comunitaria o tratados internacionales, que fijen criterios mínimos comunes para su adaptabilidad a las naciones, y sean capaces de mantener una adaptabilidad permanente a los nuevos desafíos.²⁸³

Cesar Viterbo Matos Santolin, a seu turno, defende a extensão da jurisdição de um país, mesmo fora do espaço territorial, com base na teoria do efeito substancial, direto e previsível.

²⁷⁹ Ibid., p. 70.

²⁸⁰ Ibid., p. 76.

²⁸¹ BALLARINO, 1999, p. 76.

²⁸² GOLDSMITH, 1998, p. 1232.

²⁸³ LORENZETTI, Ricardo Luis. Informática, cyberlaw y e-commerce. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 3, p. 1339-1367, abr. 2011, p. 1339, p. 1341-1342.

Como regra geral, em matéria de direito internacional, admite-se que um país possa estender sua jurisdição a um não-residente apenas em caráter excepcional, segundo um "reasonable standard", que inclui, entre outros aspectos, aqueles relacionados aos casos em que o não-residente desenvolve uma atividade no país (mas somente no tocante a esta atividade), e enquanto o não-residente, mesmo fora do espaço territorial de um país, prossegue nesta atividade, de modo a produzir um efeito substancial, direto e previsível, neste mesmo país.²⁸⁴

Por sua vez, Erik Jayme, de forma inovadora, desloca a ênfase da solução do problema da legislação para a jurisdição, apresentando a possibilidade da eleição de um “juiz virtual”, resolvendo a questão da ubiquidade, na Internet, operando-se a “mundialização dos litígios”²⁸⁵, sem a preferência por um “juiz territorial”.²⁸⁶

É importante salientar que, simultaneamente a este movimento atento à desterritorialização do mundo virtual, o Direito Informático moveu-se em direção a um vetor existencial, com o resgate do princípio da dignidade da pessoa humana, próprio das raízes históricas do Cristianismo. Delpiazzo descreve, diante do novíssimo “Direito Informático”, o desenvolvimento de, no mínimo, três etapas: a primeira denominada de patrimonialista, voltada à propriedade intelectual²⁸⁷; a segunda caracterizada por ser relacional, no sentido de regular a relação entre os computadores, suas conexões, valorizando a temática da assinatura digital, do comércio eletrônico e da relação entre cidadãos e do “governo eletrônico”²⁸⁸; e, por último, a etapa personalista, em que o ser humano passa a figurar como o centro do ordenamento jurídico.

[...] una etapa personalista, en la que el desarrollo explosivo de la convergencia tecnológica obligó a poner el énfasis en la eminente dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales ante las nuevas tecnologías, ya no sólo en una dimensión relacional sino en la dimensión de unicidad de cada individuo como centro debido de todo ordenamiento.²⁸⁹

Dessa forma, as soluções legislativas, e mesmo jurisdicionais, a serem construídas, deslocam-se do eixo territorial para o eixo que tem como centro a pessoa humana. E, sendo assim, cumpre seja reconhecida a vulnerabilidade da pessoa humana, diante da tecnologia e

²⁸⁴ SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 55, p. 1-32, jul. 2005, p. 8. Disponível em: <<http://revistadoistribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=3&toctguid=brroot&stnew=true>>. Acesso em: 24 de junho de 2014.

²⁸⁵ JAYME, 2003, p. 142-143.

²⁸⁶ Ibid., p. 142-143.d

²⁸⁷ Ibid., p. 154.

²⁸⁸ Ibid., p. 154.

²⁸⁹ Ibid., p. 154.

seus agentes, a caminho de um sistema que facilite a defesa e proteção dos usuários da rede mundial de computadores.

No que concerne às novas tecnologias, a comunicação, facilitada pelas redes globais, determina uma maior vulnerabilidade daqueles que se comunicam. Cada um de nós, ao utilizar pacificamente seu computador, já recebeu o choque de perceber que uma força desconhecida e exterior invadia o seu próprio programa, e o fato de não conhecer seu adversário preocupa ainda mais. Os juristas combatem as práticas fraudulentas através dos instrumentos clássicos da responsabilidade civil delitual, enquanto os malfeitores escapam a todos os controles e se protegem em um espaço virtual. De outro lado, o comércio eletrônico levanta a questão do sistema jurídico de proteção efetiva dos consumidores.²⁹⁰

É neste sentido que, a partir da dignidade da pessoa humana, como eixo para a construção dos caminhos da regulação do ciberespaço, que se estudará a pessoa humana, ao longo da história, pesquisando suas extensões e atribuindo seus limites, na construção da personalidade telemática.

²⁹⁰ JAYME, 2003, p. 135.

2 PESSOA HUMANA E PRIVACIDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

2.1 PESSOA HUMANA NA HISTÓRIA

2.1.1 Antiguidade Clássica

A doutrina aponta que a origem da palavra “pessoa” decorre do étimo grego *prósopon*, ligado à máscara utilizada nas tragédias do teatro grego.²⁹¹ O termo, pouco a pouco, evoluiu do objeto “máscara” para a de “personagem”, designando “cada indivíduo humano que, no palco da vida e da *polis* grega, representa o seu papel.”²⁹² Eugène Petit aduziu que “Le mot *persona* désignait, dans le sens propre, le masque dont se servaient sur la scène les acteurs romains, et qui donnait de l’ampleur à la voix (*personare*).”²⁹³ Nesse sentido, a máscara funcionava como uma caixa ressonante para amplificação, de onde ressonava (*per sonat*) a voz dos atores.²⁹⁴ Em crítica a esta posição, Pontes de Miranda, assim se posicionou:

Sujeito de direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito. O étimo etrusco (e não *per-sonare*, como se pretendeu de AULO-GÉLIO a CORSSSEN, *Über Aussprache*, I, 2ª ed., 482 s., II, 2ª ed., 64, 294, nem *prósopon*, grego como queria KELLER, *Lateinisches Volksetymologie*, 126), mostra que o ser humano veio ao mundo jurídico para os seus “papéis”.²⁹⁵

Saliente-se que no Direito Romano Antigo não se considerava o homem como indivíduo, mas um membro de uma associação que fazia parte, como a família.²⁹⁶ O conceito de pessoa ganhou importância na medida em que se estabelecia a individualidade, em oposição à ideia universal de humanidade.²⁹⁷ Opunha-se a *populus*, *curia*, *collegium corpus*,

²⁹¹ GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 20.

²⁹² *Ibid.*, p. 21.

²⁹³ PETIT, Eugène. **Traité élémentaire de droit romain**. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1925, p. 63.

²⁹⁴ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho civil: parte general**. Buenos Aires: Astrea, 2011, p. 111.

²⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v. 1, p. 161.

²⁹⁶ KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999, p. 95.

²⁹⁷ GONÇALVES, 2008, p. 21.

tratando-se de uma *singularis persona*.²⁹⁸ Para os romanos, para ser uma pessoa deveriam ser atendidos os seguintes requisitos: ter a forma humana; estar separada do corpo da mãe; viver após a completa separação.²⁹⁹ Como se vê, o conceito de pessoa também estava ligado à existência corporal independente, em um corpo separado, diferente àquele de sua genitora. Assim, todos os homens eram pessoas, mesmo os escravos, estes que eram também considerados objetos de direito por terem um corpo.³⁰⁰ É o que Biondo Biondi revela:

Persona nel linguaggio romano non indica quello che noi chiamiamo soggetto di diritto, cioè entità a cui la legge riconosce od attribuisce capacità giuridica, in guisa che le nozioni di persona e di soggetto di diritto coincidono. *Persona*, al pari di *σώμα*, è l'uomo come tale, indipendentemente della capacità: persona è tanto lo schiavo, che giuridicamente è *res* quanto il *civis* nella pienezza della capacità; il *ius personarum* riguarda appunto la situazione giuridica degli umoni come tali.³⁰¹

Gaio classificou as pessoas em homens livres, escravos, *pater familias e filius familias*, inclusive, suas esposas, tendo sido amenizado o poder do *pater familias* de *jus vitae et necis in liberos*, ou seja, de vida e morte³⁰²sobre os seus.

48. Segue-se agora uma outra divisão no direito das pessoas. Algumas pessoas há, de facto, que são juridicamente autónomas, enquanto outras estão sujeitas à jurisdição alheia. 49. Mais ainda, no que concerne às pessoas que estão sujeitas à jurisdição alheia, umas estão ‘sob o poder’, outras ‘na mão’ e outras ‘como propriedade’ de quem tem algum direito sobre elas. [...] 52. Os escravos estão sob o poder dos respectivos senhores. Este tipo de poder é reconhecido pelo direito das gentes, já que entre praticamente todos os povos podemos verificar, por um lado, que os senhores possuem poder de vida e de morte sobre os escravos e, por outro lado, que tudo quanto seja adquirido por intermédio de um escravo é adquirido em benefício do senhor. 53. Actualmente, porém, nem aos cidadãos romanos nem a quaisquer outras pessoas sujeitas ao império do povo romano é lícito exercer violência sobre os escravos de forma excessiva e injustificada; na realidade, segundo uma constituição do muito nobre Imperador Antonino, o senhor que matar um escravo sem justa causa está sujeito à mesma punição que quem matar um escravo alheio. [...] 54. Além disso, como cidadãos têm uma forma dupla de propriedade (pois se entende que o escravo de alguém ou está incluído ‘entre os bens’ do senhor por direito honorário, ou lhe pertence segundo o direito Quiritário, ou em virtude de ambos os direitos), assim nós apenas diremos de um escravo que ele está sob o poder de um senhor se fizer parte dos seus bens, ainda que simultaneamente lhe não pertença segundo o direito Quiritário, porque de quem somente tem sobre um escravo o direito Quiritário não podemos dizer que o tem sujeito “ao seu poder”. 55. Estão igualmente sujeitos ao nosso poder os filhos que tivermos de um casamento legítimo. Esse direito é peculiar aos cidadãos romanos, pois praticamente não há quaisquer outros homens que tenham sobre os filhos um poder tal como aquele que nós exercemos. [...] 56. Os cidadãos romanos têm, por conseguinte, os filhos sob o

²⁹⁸ RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribero dos Santos, 1915, p. 265.

²⁹⁹ RIBAS, 1915p. 267.

³⁰⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97.

³⁰¹ BIONDI, Biondo. **Il diritto romano cristiano**. Milano: Giuffrè, 1952, p. 328-329.

³⁰² SILVA, Luís Antônio Vieira. **História interna do direito romano privado até Justiniano**. Brasília: Senado Federal, 2006, p. 115.

seu poder no caso de terem tomado por esposas cidadãs romanas, ou mesmo latinas, ou até estrangeiras, se de nacionalidades que admitam casamentos mistos: como o direito de casamento misto tem como resultado que os filhos sigam a mesma condição do pai, eles não só se tornam cidadãos romanos, como ficam também sujeitos ao poder paternal.³⁰³

Dessa forma, o escravo, que se tratava de uma pessoa, passou a gozar de proteção de seu corpo, não podendo sofrer atos violentos, de forma “excessiva ou imotivada”, não sendo mais plenamente disponível pelo *pater familias*.

2.1.2 Cristianismo

Ocorre que, com o advento da teologia cristã, a pessoa passa a ser uma “categoria ontológica”³⁰⁴, opera-se o dualismo entre a natureza (*physis*) e a pessoa (*hypostasis*)³⁰⁵, quebrando a visão monista da filosofia clássica, que sacrificava “o concreto em face do universal”³⁰⁶ e via o homem apenas como uma “peça do cosmos”.³⁰⁷ Foi o humanismo cristão que transformou o homem em pessoa.³⁰⁸ Segundo Gonçalves,

a noção de pessoa, é, em justiça, uma criação da teologia cristã. Sendo o conceito de pessoa uma criação teológica, este aparece ligado, salvo melhor opinião, a três grandes questões da teologia cristã que, de uma forma ou de outra, o conceito de pessoa ajudou a explicar. A saber: o problema da Santíssima Trindade, o problema da Encarnação do Verbo e o problema da semelhança ontológica entre o Homem e o Deus.³⁰⁹

É o que se confirma na Bíblia Sagrada, em que o homem tem papel eminente na criação, elevado à imagem e semelhança de Deus e exercendo o poder sobre as demais criaturas,³¹⁰ conforme os versículos que seguem do livro do Gênesis.

Então Deus disse: ‘Façamos o homem à nossa imagem e semelhança. Que ele reine sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus, sobre os animais domésticos e sobre toda a terra, e sobre todos os répteis que se arrastam sobre a terra’. Deus criou o homem à sua imagem; criou-o à imagem de Deus, criou o homem e a mulher.”³¹¹

³⁰³ GAIO. **Instituições direito privado**. Tradução de J.A. Segurado e Campos. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010, p. 90-93.

³⁰⁴ GONÇALVES, 2008, p. 24.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 26.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 26.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 23.

³⁰⁸ CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós: estudo sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 14.

³⁰⁹ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 24.

³¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 14

³¹¹ BÍBLIA, Livro do Gênesis. **Bíblia Sagrada**. Tradução de Centro Bíblico Católico. São Paulo: Editora Ave-Maria, 1995, Gênesis 1, vers. 26-27.

Por sua vez, Ingo Wolfgang Sarlet reconheceu o princípio da dignidade da pessoa humana já na primeira fase do cristianismo.

Na primeira fase do cristianismo, quando este havia assumido a condição de religião oficial do Império, destaca-se o pensamento do Papa São Leão Magno, sustentando que os seres humanos possuem dignidade pelo feito de que Deus os criou à sua imagem e semelhança, e que, ao tornar-se homem, dignificou a natureza humana [...].³¹²

Nessa linha, a “individualidade autônoma” não decorre dos gregos ou da cultura oriental, mas da religião cristã.³¹³ É com o cristianismo que a pessoa deixa de ser uma “pessoa-membro-da-sociedade” para ser uma “pessoa-humana-não social”.³¹⁴ O ser humano passa a ser pessoa, indistintamente, tanto as mulheres, como os estrangeiros, as crianças, os nascituros, os inimigos.³¹⁵ Para a doutrina de Cristo, o centro é o homem, buscando na Igreja, como máxima preocupação, sua defesa³¹⁶. O princípio da igualdade entre os homens tem como seu primeiro defensor o direito cristão, que proclama a igualdade de todos diante de Deus.

Nella storia della affermazione della uguaglianza umana, il primo posto sia cronologicamente che per la efficienza, spetta al diritto cristiano, che proclama la eguaglianza di tutti gli uomini, non procedendo la natura dell'uomo come entità fisica, nè in seguito all'urto violento tra classi sociali, ma piuttosto in base alla nozione elementare che tutti gli uomini sono ugualmente figli di Dio, e chiamati tutti al regno di Dio.³¹⁷

De tal forma, há que se ressaltar os estudos realizados por Santo Agostinho, Boécio e Santo Tomás de Aquino, que prestaram grande contribuição à humanidade. Sobre o tema, Agostinho, entre os séculos IV a V d. C., afirmou que homem e Deus são semelhantes, mas “não são semelhantes até a igualdade”.³¹⁸ Aduziu que o homem é formado por duas substâncias: o corpo (exterior) e a alma (interior), sendo a última “a melhor”, declarando a superioridade da alma sobre o corpo.³¹⁹ A existência do corpo e da alma se verifica na Bíblia

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36.

³¹³ CAMPOS, 2004, p. 16.

³¹⁴ Ibid., p. 16.

³¹⁵ Ibid., p. 18.

³¹⁶ BIONDI, 1952, p. 327.

³¹⁷ Ibid., p. 330.

³¹⁸ SANTO AGOSTINHO. **De Trinitate**. Tradução de Arnaldo do Espírito Santo, Domingos Lucas Dias, João Beato, Maria Cristina Castro-Maia de Sousa Pimentel. Prior Velho: Paulinas, 2007, p. 57.

³¹⁹ SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de J. Oliveira e A. Ambrósio de Pina. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 243.

Sagrada, no momento da criação do ser humano: “Então o Senhor Deus formou o ser humano com o pó do solo, soprou-lhe nas narinas o sopro da vida, ele tornou-se um ser vivente”.³²⁰ Nesse sentido, plenamente identificadas as duas substâncias: a visível (corpo: o pó) e a invisível (alma: sopro de vida). Da mesma forma, Agostinho, Bispo de Hipona, em importante contribuição para o estudo da pessoa, conceituou a Santíssima Trindade, estabelecendo a relação entre Deus Pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo.

Quanto à questão presente, acreditemos que o Pai e o Filho e o Espírito Santo são um só Deus, que criou e governa todas as coisas; que o Pai não é o Filho, e que o Espírito Santo não é o Pai nem o Filho, mas são Trindade de Pessoas em relação mútua, e são unidade na igualdade da essência. Procuremos compreender isto, pedindo a ajuda daquele mesmo a quem queremos compreender, e, na medida em que nos é concedido, explicar com toda a atenção e piedosa solicitude aquilo que compreendemos, a fim de que, se também afirmamos uma coisa por outra, nada afirmemos de indigno.³²¹

Segundo Luis Fernando Barzotto, tratando sobre o termo pessoa e a Santíssima Trindade,

diante desse problema, Agostinho retoma o termo pessoa (*persona*), introduzido por Tertuliano (155-220 d. C.) no Ocidente para distinguir os membros da Trindade. ‘Pessoa’ apresenta uma grande vantagem. Ele ‘expressa não uma espécie, mas algo de singular e indiviso. [...] Não se emprega o nome de [...] pessoa como se emprega o de homem, nome comum a todos os homens. Emprega-se apenas para designar um homem, concreto, como Abraão, Isaac ou Jacó, ou qualquer pessoa que se poderia indicar com o dedo’.³²²

Dessa forma, à luz da Santíssima Trindade, a pessoa passa a ser em si e para si, bem como se relacionando com outros.

Partamos da inclusão do múltiplo no uno, no mistério da Trindade: Deus é trino, logo, Deus é amor (1 Jo. 4, 8.16). O amor do Pai gera o Filho desde o início dos séculos e introdu-lo no tempo; face a face no Seu diálogo eterno, diálogo de amor, deste procede o Espírito Santo, dom divino ao ser humano e à sua história. O Uno não é solidão, mas dádiva permanente de Si ao Outro, recepção permanente do Outro, comunhão de amor. No Verbo, o Pai ama o mundo em que o filho encarna, e o Espírito, unindo um ao Outro, une todo os seres humanos a Deus. Aqui se enquadra a ‘pessoa’ como sujeito nas relações que pertencem ao plano da natureza humana. [...] Pessoa em si e para si, mas com uma natureza racional na perspectiva da intelectualidade que dá capacidade à pessoa humana de se transcender relacionando-se com os outros e visando tendencialmente a totalidade do ser. Nesta ordem de ideias, a pessoa, para além de ser em si e para si, relaciona-se com

³²⁰ BÍBLIA, Livro do Gênesis. **Bíblia Sagrada**. Tradução por Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Editora Canção Nova, 2010, Gênesis 2, vers. 7.

³²¹ SANTO AGOSTINHO, 2007, p. 42.

³²² BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 21.

outros: sendo também e do mesmo modo, ser para, numa coincidência ontológica – a ‘exemplo’ da Trindade.³²³

Desenvolveu Santo Agostinho, também, a ideia de três coisas e uma só essência. E, nessa linha, estabeleceu a relação, também, entre o corpo e a alma.

Consequentemente, a mente, o seu amor e o seu conhecimento são três coisas, e estas três coisas são uma só, e quando são perfeitas, são iguais. Se, porém, se ama menos do que aquilo que é, a ponto de, por exemplo, a mente do homem se amar tanto quanto deve ser amado o corpo do homem, embora ela seja superior ao corpo, peca, e o seu amor não é perfeito.³²⁴

Portanto, Agostinho diferenciou corpo e alma, sendo conclusivo no sentido de que a mente é superior ao corpo, este que peca. Acerca deste ponto, Gilson Étienne e Philotheus Boehner, referem que

o homem é uma unidade substancial de corpo e alma. Não é infrequente afirmar-se que para Agostinho a essência do homem é uma alma que se utiliza de um corpo; todavia, é fora de dúvida que ele doutrina, clara e reiteradamente, que o homem se compõe de alma e de corpo, graças a uma estreita união desses dois componentes, e que só o ser assim composto merece o nome de homem.³²⁵

Em que pese a diferença referida entre corpo e alma, os dois elementos conformam uma unidade, condição *sine qua non* para o conceito de homem.³²⁶ Entre os séculos V e VI d. C., Boécio definiu a pessoa como “substância individual de natureza racional”³²⁷. Neste conceito, a pessoa deixa de ser a máscara, a exterioridade, para ser a própria substância do homem, a “forma (ou a fôrma) que molda a matéria e que dá ao ser determinado ente individual as características de permanência e invariabilidade”. Além disso, Boécio deu ênfase à necessária união entre o corpo e a alma para que seja possível a continuidade do ser vivo.

Sucede como en los seres vivos. Cuando cuerpo y alma si unen y permanecen unidos, hablamos de un ser vivo. Pero cuando esta unidad se rompe por la separación de ambos elementos, el ser vivo muere y desaparece. De igual modo, el cuerpo mismo, mientras permanece su forma orgánica por medio de la unión de los miembros, se presenta como figura humana. Si, por el contrario, se disgregan y separan las partes del cuerpo, la unidad desaparece y deja de ser lo que era. Basta

³²³ CAMPOS, 2004, p. 30-31.

³²⁴ SANTO AGOSTINHO, 2007, p. 46.

³²⁵ BOEHNER, Philotheus; GILSON, Étienne. **História da filosofia cristã**: desde as origens até Nicolau de Cusa. Tradução de Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 180.

³²⁶ COMPARATO, 2013, p. 31-32.

³²⁷ AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Tradução de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira, OP. São Paulo: Loyola, 2002, v. 1, p. 522.

hacer un recorrido por todos los seres para ver meridianamente que cada uno de ellos subsiste mientras permanece en la unidad y se destruye cuando cesa en su unidad.³²⁸

No século XIII d. C. (1225-1274),³²⁹ Santo Tomás de Aquino, embora tenha partido da definição boeciana, na *Summa Theologiae*³³⁰, ofereceu críticas a esta definição quanto à ausência no conceito da definição de “singular”, bem como aduziu ser supérfluo indicar “individual”. A saber:

Com efeito, não se define o singular. Ora, a pessoa significa um singular. Logo, pessoa é definida de maneira inconveniente. Além disso, nesta definição de pessoa, toma-se substância ou no sentido de substância primeira, ou no de substância segunda. Se por substância primeira, é supérfluo acrescentar individual, porque a substância primeira é substância individual. (...) Logo, esta definição é mal enunciada.³³¹

O “singular” na definição de “pessoa” é que “natureza que nela se realiza é uma natureza racional”³³², tornando-a superior em grau e ordem, frente aos demais entes.³³³ Cada homem é único e irrepetível.³³⁴ É o que acrescentou Santo Tomás de Aquino:

O particular e o indivíduo realizam-se de maneira ainda mais especial e perfeita nas substâncias racionais que têm o domínio de seus atos e não são apenas movidas na ação como as outras, mas agem por si mesmas. Ora, as ações estão nos singulares. Por isso, entre outras substâncias os indivíduos de natureza racional têm o nome especial de pessoa. E eis por que, na definição acima, diz-se: a substância individual, para significar o singular no gênero substância. E acrescenta-se de ‘natureza racional’, para significar o singular nas substâncias racionais.³³⁵

Para Santo Tomás de Aquino, a pessoa é livre, podendo se autodeterminar, o agir demonstra o ser.³³⁶ Retomou, portanto, conceitos aristotélicos³³⁷ de ente, de essência³³⁸,

³²⁸ BOECIO. *La consolación de la filosofía*. Madri: Alianza, 2004, p. 116.

³²⁹ NORONHA, Carlos Silveira. Uma síntese dos direitos humanos da origem à pós modernidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 28, p. 22-36, out. 2011, p. 25-26.

³³⁰ COMPARATO, 2013, p. 32.

³³¹ AQUINO, Santo Tomás de, 2002, v. 1, p. 522.

³³² *Ibid.*, p. 523.

³³³ *Ibid.*, p. 523.

³³⁴ COMPÊNDIO da doutrina social da Igreja. Tradução de Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Paulinas, 2011, p. 82.

³³⁵ AQUINO, Santo Tomás de, *op. cit.*, p. 523.

³³⁶ *Ibid.*, p. 523.

³³⁷ ARISTÓTELES. *Metafísica*. Disponível em: <<http://www.amazon.com.br/Metaf%C3%ADsica-Spanish-Edition-Arist%C3%B3teles-book/dp/B00B2SCMFK>>. Acesso em: 19 jul. 2014, Kindle Edition, posição 3500-3507. Nas palavras de Aristóteles: ‘Conforme a esto, puesto que el alma de los seres animados es la forma sustancial, la esencia misma del cuerpo animado, porque el alma es la esencia de los seres animados, la función de cada parte y el conocimiento sensible que es su condición deberán entrar en la definición de las partes del animal, si se las quiere definir bien. De suerte que hay prioridad de las partes del alma, de todas o de

aduzindo que o homem não é formado nem somente do corpo, nem somente da alma, tratando-se de substância composta.

Portanto, nas substâncias compostas nota-se a forma e a matéria, como no homem a alma e o corpo. Não se pode, porém, dizer que apenas um deles seja denominado essência. [...] Com isto concorda também a razão, pois o ser da substância composta não é apenas a forma, nem apenas da matéria, mas do próprio composto; ora, a essência é de acordo com o que a coisa é denominada ente, seja, não apenas a forma, nem apenas a matéria, mas ambas, embora, a seu modo, somente a forma seja causa deste ser.³³⁹

Santo Tomás de Aquino dá “espaço a uma racionalidade da justiça”, na “ação dos homens para com os demais”,³⁴⁰ concluindo que “Pessoa significa o que há de mais perfeito em toda natureza, a saber, o que subsiste em uma natureza racional”³⁴¹ Traça o conceito de subsistência.³⁴² Assim, foram edificadas as bases para a construção de uma “personalidade humana individual”, um indivíduo “em-relação-com-Deus”, tendo como consectário a “dignidade da pessoa humana”.³⁴³ Nesse sentido, a pessoa sendo composta de corpo e de alma, pelo espírito “penetra no mundo dos espíritos”, e, pela corporeidade passa a ser parte da “criação irracional”.

Como ser composto de corpo e de alma racional, o homem representa o traço de união entre a natureza puramente espiritual e o mundo animal. Seu espírito penetra no mundo dos espíritos; seu corpo faz parte da criação irracional. Em tudo isto se manifesta de modo admirável a unidade do Criador. Pois só um Deus único poderia ter criado esta uniformidade que preside à totalidade da natureza, e que se pode observar na transição suave e imperceptível que vai das criaturas mais íntimas até as substâncias puramente espirituais.³⁴⁴

O principio da dignidade da pessoa humana está declarada, também, na Constituição Pastoral *Gaudim et Spes*, que assim preceituou:

algunas, relativamente al conjunto del animal. La misma prioridad hay relativamente a las diferentes partes del cuerpo. El cuerpo y sus partes son posteriores al alma, el cuerpo puede dividirse en sus diversas partes, consideradas como materia; no el cuerpo esencia, sino el conjunto que constituye el cuerpo’

³³⁸ AQUINO, Santo Tomás de, 2002, v. 1, p. 522.

³³⁹ AQUINO, Santo Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução de Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 22-23.

³⁴⁰ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 110-111.

³⁴¹ AQUINO, Santo Tomás de, 2002, v. 1, p. 529. Em latim: “RESPONDEO dicendum quod persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura.”

³⁴² GONÇALVES, 2008, p. 28.

³⁴³ CAMPOS, 2004, p. 111.

³⁴⁴ BOEHNER; GILSON, 1982, p. 107.

Tudo quanto existe sôbre a terra deve ser ordenado em função do homem, como seu centro e seu têrmo; neste ponto existe um acôrdo quase geral entre crentes e não-crentes. [...] O homem, ser uno, composto de corpo e alma, sintetiza em si mesmo, pela sua natureza corporal, os elementos do mundo material, os quais, por meio dêle, atingem a sua máxima elevação e louvam livremente o Criador. (...) Todavia, ferido pelo pecado, experimenta as revoltas do corpo. É, pois, a própria dignidade humana que exige que o homem glorifique a Deus no seu corpo, não deixando que êste escravize a más inclinações do coração.³⁴⁵

Enfim, o ser humano, a partir de sua corporeidade, passa a ter contato com os “seres inanimados”.³⁴⁶ A alma permanece sendo “permanente, imutável”, o corpo é “transitório, mutável, e perecível”.³⁴⁷ Logo, verifica-se uma evolução no conceito de pessoa, principalmente, buscando tratar desta relação entre o corpo e a alma, depreendendo-se que Santo Tomás de Aquino equiparou a importância entre estas duas substâncias. Há que se apontar tal fato como uma evolução, uma vez que Sócrates, por exemplo, na Antiguidade Clássica, compreendia o corpo como a “tumba”, o “cárcere da alma”, “como o lugar do cumprimento de penas”, demonstrando o passo dado em prol da construção da pessoa humana.³⁴⁸

Jacques Maritain, em sua obra “Por um humanismo cristão”, reconheceu a importância dos estudos desenvolvidos por Santo Tomás de Aquino.

O humanismo de Santo Tomás de Aquino aparece como um humanismo integral, quero dizer; humanismo que não desconhece nada daquilo que pertence ao homem. Tal humanismo sabe que o homem é feito do nada e que tudo que sai do nada tende por si ao nada; sabe também que o homem é a imagem de Deus e que no homem há mais do que o homem; ele é habitado por Deus, que não lhe dá só o viver e o agir, mas se dá ele mesmo e quer que o homem tenha como objeto de gozo as três Pessoas divinas.³⁴⁹

Nesse sentido, segundo Jacques Maritain, a pessoa humana transcende o Estado, na medida em que tem uma liberdade espiritual, com bens absolutos.

Sob inspiração evangélica, muitas vêzes mal conhecida mas operante, compreendeu a consciência profana a dignidade da pessoa humana e compreendeu que a pessoa,

³⁴⁵ VATICANO. Concílio Vaticano II. Gaudium et Spes. In: DE SANCTIS, Antonio. **Encíclicas e documentos sociais**: da “Rerum Novarum” à “Octagesima Adveniens”. Tradução de Antonio De Sanctis. São Paulo: Ltr, 1972, p. 307-308.

³⁴⁶ BOEHNER; GILSON, 1982, p. 467.

³⁴⁷ GILSON, Étienne. **O espírito da filosofia medieval**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 235.

³⁴⁸ REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia. antiguidade e idade média**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 1990, p. 153.

³⁴⁹ MARITAIN, Jacques. **Por um humanismo cristão**. Tradução de Gemma Scardini. São Paulo: Paulus, 1999, p. 60-61.

mesmo fazendo parte do Estado, transcende o Estado pelo mistério inviolável de sua liberdade espiritual e por sua vocação a certos bens absolutos.³⁵⁰

Dado o acima exposto, é justo e necessário, portanto, registrar o importante papel do Cristianismo na contribuição do desenvolvimento do conceito de pessoa e na própria construção do Direito, como sintetiza Carlos Silveira Noronha.

Essa ilimitada amplitude da liberdade do homem está ligada a uma concepção inicial da Escola do Direito Natural, emergente do pensamento de juristas romanos, reprimando na Patrística dos doutores da Igreja, especialmente em Santo Agostinho (354-430) e desenvolvida na Escolástica de Santo Tomás de Aquino (1225-1274). Para essa corrente filosófica, a origem do ser criado por Deus confere ao homem um direito anterior à formação do Estado, constituído por um corpo de regras que a razão pode descobrir com base nessa origem divina. A conclusão é, pois, que tal direito transcende e se impõe ao Poder, que deve respeitá-lo. É o estado de natureza, segundo o qual o homem não está submetido a nenhuma autoridade.³⁵¹

Outrossim, é digno de nota o posicionamento de Jean Bodin acerca da relação de superioridade da alma em relação ao corpo, analogamente a Santo Agostinho, referindo-se a Aristóteles.

Não se deve entretanto concluir que a felicidade do homem seja conclusiva ou mesclada, pois, embora o homem seja composto de um corpo mortal e de uma alma imortal, é preciso admitir que seu bem principal depende da parte mais nobre. Pois assim como o corpo deve servir a alma e o apetite bestial à razão divina, seu bem soberano depende também das virtudes intelectuais, que Aristóteles denomina de ação do intelecto.³⁵²

Jacques Maritain assim descreveu sobre a obra de Jean Bodin:

Jean Bodin é considerado com razão como sendo o pai da teoria moderna da Soberania. Para Bodin, o rei não possuía uma Soberania supraterrânea, que nada tem de absolutamente superior a si mesma. Deus estava acima do rei, e o poder supremo do rei sobre os seus súditos estava, por sua vez, subordinado à “lei de Deus da natureza”, às exigências da ordem moral.³⁵³

Prosseguindo o estudo, depreende-se que, nas Encíclicas Papais, há literal referência à proteção dos bens da alma e a dignidade da pessoa humana, segundo Leão XIII, na Encíclica “Rerum Novarum” que assim se manifestou:

³⁵⁰ MARITAIN, Jacques. **Cristianismo e democracia**. Tradução e introdução de Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1945, p. 56-57;

³⁵¹ NORONHA, 2011, p. 25-26.

³⁵² BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011, p. 77.

³⁵³ MARITAIN, Jacques. **Homem e o Estado**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1956, p. 42.

Muitas outras coisas deve igualmente o Estado proteger ao operário, e em primeiro lugar os bens da alma. A vida temporal, pôsto que boa e desejável, não é o fim para que fomos criados; mas é a via e o meio de aperfeiçoar, com o conhecimento da verdade e com a prática do bem, a vida do espírito. O espírito é o que tem em si impressa a semelhança divina, e no qual reside aquêle principado em virtude do qual foi dado ao homem o direito de dominar as criaturas inferiores e de fazer servir à sua utilidade tôda a terra e todo o mar [...]. A ninguém é lícito violar impunemente a dignidade do homem, do qual Deus mesmo dispõe com grande reverência, nem pôr-lhe impedimentos, para que êle siga o caminho daquele aperfeiçoamento que é ordenado para o conseguimento da vida eterna; pois nem ainda por eleição livre o homem pode renunciar a ser tratado segundo a sua natureza e aceitar a escravidão do espírito; porque não se trata de direitos cujo exercício seja livre, mas de deveres para com Deus que são absolutamente invioláveis.³⁵⁴

Ademais, o Papa Pio XI assim lecionou sobre a alma do homem e, por conseguinte, as múltiplas e variadas prerrogativas, como o direito à vida, à integridade do corpo:

O homem tem uma alma espiritual e imortal; e, assim como é uma pessoa, dotada pelo supremo Criador de admiráveis dons de corpo e de espírito assim se pode chamar, como diziam os antigos, um verdadeiro “microcosmo”, isto é, um pequeno mundo, por isso que de muito longe transcende e supera a imensidade dos seres do mundo inanimado. Não somente nesta vida mortal, mas também na que há de permanecer eternamente, o seu fim supremo é unicamente Deus; e, tendo sido elevado pela graça santificante à dignidade de filho de Deus, é incorporado no Reino de Deus, no corpo místico de Jesus Cristo. Consequentemente, dotou-o Deus de múltiplas e variadas prerrogativas, tais como: direito à vida, à integridade do corpo, aos meios necessários à existência; direito de tender ao seu último fim, pelo caminho traçado por Deus; direito enfim de associação, de propriedade particular e de usar essa propriedade.³⁵⁵

Na lição de Pio XII, incumbe ao Estado a proteção do “campo intangível dos direitos da pessoa humana e tornar-lhe fácil o cumprimento dos seus deveres, eis o ofício essencial de todo o público poder”.³⁵⁶ Por derradeiro, impende colecionar a síntese da missão temporal do cristão, nos ensinamentos de Jacques Maritain, na obra “Homem e o Estado”, relacionando corpo e espírito, bem como o direito da pessoa humana.

A missão temporal do cristão, a sua missão de transformar o mundo, tem, portanto, fins mais modestos daqueles que apontam um Marx ou um Teilhard de Chardin, mas muito mais importante ao próprio homem, pelo simples fato de que não são ilusórios (e também isso tem o seu peso). Trata-se de tornar a cidade temporal mais justa e menos desumana, assegurar a cada um os bens fundamentais à vida do corpo e do espírito e o respeito em cada um dos direitos da pessoa humana; conduzir os povos a uma organização política supranacional capaz de garantir a paz no mundo.³⁵⁷

³⁵⁴ LEÃO XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. In: DE SANCTIS, Antonio. **Encíclicas e documentos sociais**: da “Rerum Novarum” à “Octagesima Adveniens”. Tradução de Antonio De Sanctis. São Paulo: Ltr, 1972, p. 35.

³⁵⁵ PIO XI. **Encíclica Divini Redemptoris**. In: DE SANCTIS, Antonio. **Encíclicas e documentos sociais**: da “Rerum Novarum” à “Octagesima Adveniens”. Tradução de Antonio De Sanctis. São Paulo: Ltr, 1972, p. 118.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 151.

³⁵⁷ MARITAIN, 1999, p. 102.

Nesse sentido, negar a contribuição do Cristianismo para a civilização ocidental³⁵⁸ revela desconhecimento histórico acerca da própria evolução quanto ao conceito de pessoa, sobretudo, em face da sua necessária observância, no contexto atual, no sentido de alcançar-lhe direitos.

2.1.3 Mundo Moderno: Constituição do Corpo

No curso da história, a partir da racionalidade, que permeou a tradição ocidental como “atributo exclusivamente humano”³⁵⁹, Descartes dá início ao que foi denominada filosofia moderna.³⁶⁰ Pontes de Miranda elencou importante questionamento acerca da exaltação da razão humana própria da época, sobre os valores que tomariam seu lugar, diante do esvaziamento destes.

Nos últimos séculos, volveu-se ao Estado nacional; e, eliminado o valor supranacional do cristianismo, exaltou-se a razão humana, que conseguiu ser, no Século XVIII, o sucedâneo do universalismo religioso. Eliminada por sua vez (o que dá, em cada indivíduo e nas massas, quando se reconhece a possibilidade de caminhos múltiplos racionalmente escolhidos, donde ser a Razão um moinho que depende dos ventos), que é que trará a direção, o sentido, a estática de valores? Neste ponto é que estamos, pelo menos os mais de nós, e é neste ponto que temos de plantear o problema do novo conteúdo e da nova forma do Estado.³⁶¹

Em seus estudos, Descartes, ao analisar o Homem, também reconheceu sua composição em alma e corpo.

Esses homens serão compostos, como nós, de uma alma e de um corpo. É necessário que eu vos descreva, primeiramente, o corpo à parte depois a alma também separadamente, e, enfim, que eu vos mostre como essas duas naturezas devem estar juntas e unidas, para compor os homens que se assemelham a nós. Suponho que o corpo não seja outra coisa senão uma estátua ou máquina de terra, que Deus forma intencionalmente para torná-la o mais possível semelhante a nós. De modo que ele não apenas lhe dá externamente a cor e a figura de todos os membros, como também coloca dentro dela todas as peças que são necessárias para fazer que ela ande, coma, respire, e, enfim, imite todas as nossas funções que possam ser imaginadas como precedentes da matéria e que só dependem da disposição dos órgãos.³⁶²

³⁵⁸ WOODS JÚNIOR, Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. Tradução de Élcio Carillo. São Paulo: Quadrante, 2010, p. 5-11.

³⁵⁹ COMPARATO, 2013, p. 15-16.

³⁶⁰ Ibid., p. 15-16.

³⁶¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Alba, 1933, p. 16.

³⁶² DESCARTES, René. **O mundo (ou Tratado da Luz) e o homem**. Tradução de Marisa Carneiro de Oliveira Franco Donatelli. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2009, p. 251.

Além disso, adicionou a ideia que o corpo passa a ser uma máquina, ou mesmo, uma estátua, que Deus une a uma alma racional, tendo como principal sede o cérebro.

Quando Deus unir uma alma racional a essa máquina, sobre o que eu pretendo discorrer mais adiante, ele lhe dará uma sede principal no cérebro e a fará de tal natureza que, de acordo com as diversas maneiras pelas quais são abertas as entradas dos poros que estão na superfície interna desse cérebro por intermédio dos nervos, ele terá diversos sentimentos.³⁶³

Descartes aduziu que a visão, através de dois nervos formados por “pequenos filetes”³⁶⁴, levam ao cérebro as ações que “darão ocasião à alma”³⁶⁵ a qual, “unida a essa máquina”, reconhece cores e luz.³⁶⁶ David Le Breton assim lecionou sobre o modelo mecanicista apresentado por Descartes, marcado pela presença de expressões como “máquina”, “mecanismos”, “manufaturas”:

O advento do modelo mecanicista como princípio da inteligibilidade do mundo está associado à difusão de mecanismos de todos os tipos desde o século XVI, a imprensa, o relógio, por exemplo, que dão ao homem um sentimento de poder sobre o mundo desconhecido anteriormente. Da mesma forma, a assimilação do corpo e de suas funções a um esquema mecanicista supõe a anterioridade da construção de autômatos engenhosos, parecendo bastarem-se a si mesmos em seus movimentos. [...] Quanto ao corpo, razoável, euclidiano, ele está nas antípodas da *ubris*, corpo sequencial, manipulável pelas disciplinas nascentes, depreciado enquanto tal, o que justifica o trabalho segmentário e repetitivo das manufaturas nas quais o homem se enxerta na máquina sem realmente distinguir-se dela.³⁶⁷

Quanto às consequências do modelo mecanicista, Pontes de Miranda teceu importantes considerações.

O homem do nosso Seculo nutre-se de Ciencia e de Trabalho. Sabe que a superprodução ou a machina, é possível. Viu queimarem-se milho, algodão, café, centenas de milhares de carneiros e libros, quebrarem-se machinas e utensilios, para que uma pequena parcella da humanidade continue a ter lucros. Em vez do fogo a serviço do individualismo capitalista, pede, e com razão a economia de plano, a distribuição de bens materiaes e espirituaes da vida.³⁶⁸

³⁶³ DESCARTES, 2009, p. 297.

³⁶⁴ Ibid., p. 313.

³⁶⁵ Ibid., p. 313.

³⁶⁶ Ibid., p. 313.

³⁶⁷ BRETON, David Le. **Antropologia do corpo e modernidade**. Tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 116-117.

³⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, 1933, p. 9-10.

A partir desse modelo, houve uma “dessimbolização”³⁶⁹ do corpo, já aplicada na Ciência Médica, decorrente dos estudos de Anatomia, em que o corpo deixa de aproximar-se da ideia de um sistema admirável para uma máquina que apresenta uma decadência. No cinema, Chaplin despeja severas críticas em seus *Tempos Modernos*.³⁷⁰ Assim, entre os séculos XVI e XVII, houve uma polarização de visões: de um lado, as camadas sociais privilegiadas depreciam o corpo, tornando-o diferente do homem a que “encarna”, decorrente dos avanços médicos; de outro lado, para as camadas populares, o corpo permanece em um lugar central, valorizado, como “pivô do enraizamento do homem no tecido o mundo”.³⁷¹ Ora, independentemente da posição adotada, o corpo é identificação e existência do homem, “sem o corpo que lhe dá um rosto, o homem não existiria”.³⁷²

No século XVIII, Immanuel Kant dá um importante passo ao afirmar que a pessoa tem “a faculdade de agir” e somente um “ser racional tem vontade”, conduzida pela “razão prática”³⁷³. Em sua obra “A Metafísica dos Costumes”, assim preceituou:

Pessoa é este sujeito, cujas acções são susceptíveis de imputação. A personalidade moral não é, assim, outra coisa senão a liberdade de um ser racional sob leis morais (enquanto que a personalidade psicológica é a mera capacidade de se tornar consciente da sua própria identidade nos diferentes estádios da sua existência), de onde se depreende que uma pessoa não está submetida a outras leis senão às que a si mesma se dá (seja isoladamente ou, pelo menos, em conjunto com outros).³⁷⁴

Para Kant, o ser humano ocupa um lugar no mundo sensível externo, visível e, ainda, defendeu a existência de um “eu” invisível, decorrente da personalidade³⁷⁵, de um ser racional, em si mesmo, “perdurante ao infinito”, com a “imortalidade da alma”.³⁷⁶ Referiu o ser humano como: uma “criatura animal”, parte “da matéria da qual é feita o planeta” e que, a seu tempo, deverá ser restituída a este; uma “inteligência”, que vai além dos limites desta via, voltando-se ao infinito.³⁷⁷ Apontou, de igual forma, duas substâncias. Immanuel Kant considerou “o homem como um fim em si mesmo”.³⁷⁸ Em sua “Crítica da Razão Prática”, literalmente afirmou:

³⁶⁹ BRETON, 2012, p. 120.

³⁷⁰ Ibid., p. 123.

³⁷¹ Ibid., p. 94.

³⁷² Ibid., p. 7.

³⁷³ COMPARATO, 2013, p. 33.

³⁷⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011, p. 33

³⁷⁵ KANT, Immanuel. **Crítica della ragion pratica**. Tradução de Silvano Gregaretti. Königsberg: Gireddit, 1788, Kindle Edition, posição 2674.

³⁷⁶ Ibid., Kindle Edition, posição 2086.

³⁷⁷ Ibid., Kindle Edition, posição 2682.

³⁷⁸ RÍO, José Manuel del. **Derecho de la persona**. Madrid: Tecnos, 1996, p. 28.

Che, nell'ordine dei fini, l'uomo (e con lui ogni essere razionale) sia fine in se stesso, cioè non possa mai essere adoperato da qualcuno (neppure da Dio) esclusivamente come mezzo, senz'essere al tempo stesso anche fine; e che, quindi, l'umanità nella sua persona debba essere a noi stessi santa, è una conseguenza che, a questo punto, viene da sé: perché l'uomo è il soggetto della legge morale e, pertanto, di ciò che è santo in se stesso; in grazia di cui, e in accordo con cui soltanto, qualsiasi altra cosa può venir chiamata santa.³⁷⁹

Paulo Otero enfatiza que, no pensamento kantiano, o ser humano não é uma coisa, tampouco um objeto.

O pensamento kantiano, combatendo qualquer tentativa de configuração ou instrumentalização do ser humano como coisa ou objecto, sublinha que o homem é sempre um fim em si mesmo, nunca se podendo transformar ou ser tratado como um simples meio, residindo aqui a essência da sua própria dignidade, absoluto para cada homem, permite afirmar a sua indisponibilidade e, simultaneamente, um princípio de dignidade de todos os homens;³⁸⁰

Trata-se de uma evolução, em face do modelo mecanicista que via o ser humano como uma máquina. A importância dada por Kant à dignidade da pessoa humana, já revelada pelo Direito Cristão, refletiu nas concepções vigentes de direitos humanos universais³⁸¹, na medida em que o homem é indisponível, defendendo o seu afastamento do conceito de coisa.³⁸² É digno de nota que Michel Foucault, na segunda metade do século XVIII, descreveu que, em face da necessidade de treinamento de soldados no exército, o corpo continuava sendo tratado como uma máquina, tornando-o “perpetuamente disponível”, desenvolvendo um “automatismo de hábitos”.³⁸³

Como se vê, portanto, no desenvolvimento dos estudos acerca do conceito de pessoa, houve enorme preocupação quanto às suas substâncias constitutivas, quais sejam: o corpo e a alma. A valoração dessas substâncias apresentou diferentes trajetórias no tempo, em momentos diversos e até sincronizados. É importante salientar que a definição de pessoa não se limita a questões meramente conceituais, extravasa esta temática, pois, de acordo com a amplitude que se dá ao corpo e à alma (personalidade), diversas são as consequências no campo jurídico.

³⁷⁹ KANT, 1788, Kindle Edition, posição 2219.

³⁸⁰ OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista no direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 349-379, p. 360.

³⁸¹ SANDEL, 2012, p. 137.

³⁸² KANT, 2011, p. 33.

³⁸³ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 117

2.2 PESSOA NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO E O CORPO

O conceito de corpo, ao longo da história, passou por modificações semânticas, na medida em que foi vinculado diretamente à concepção de pessoa.³⁸⁴ A delimitação do corpo, na Sociedade da Informação, se revela fundamental, pois implica diretamente na construção da hodierna identidade do ser humano.³⁸⁵ Estabelecer os limites do corpo, na Sociedade da Informação, dado nível de virtualização, é imperativo, uma vez que a “existência do homem é corporal”³⁸⁶. Zygmunt Bauman refere:

Su internet basta cliccare qualche collegamento e si encontra una donna. A questo punto, ci si innamora, perché quando ci presentiamo sullo schermo ci descriviamo fin dall’inizio come se fossimo tati di parti di ricambio. Sul sito è già presente un elenco con tutte le caratteristiche del nostro corpo, con tutte le particolarità della nostra mente: basta selezionare dal menu.³⁸⁷

Danilo Doneda utiliza a expressão “avatar” para significar a estruturação de dados que representa virtualmente a pessoa humana.

Nossos dados, estruturados de forma a significarem para determinado sujeito uma nossa representação virtual – ou um avatar –, podem ser examinados no julgamento de uma concessão de uma linha de crédito, de um plano de saúde, a obtenção de um emprego, a passagem livre pela alfândega de um país, além de tantas outras hipóteses.³⁸⁸

Dessa forma, nos sítios, na rede mundial de computadores, já está o corpo e a mente de cada pessoa, bastando “selecionar o menu”³⁸⁹ para que o usuário possa conhecer de forma mais aprofundada essas substâncias, substituindo o contato pessoal pela forma mediada. O corpo humano isolou-se tanto em relação aos outros indivíduos como ao cosmos e, inclusive, estremando-se de si mesmo, na medida em que passa o ser humano a “ter um corpo”, não mais “ser o seu corpo”.³⁹⁰ Segundo David Le Breton,

Nossas concepções atuais do corpo estão ligadas ao avanço do individualismo enquanto estrutura social, à emergência de um pensamento racional positivo e laico sobre a natureza, ao recuo progressivo das tradições populares locais, e ligadas ainda

³⁸⁴ BRETON, 2012, p. 8.

³⁸⁵ Ibid., p. 7.

³⁸⁶ Ibid., p. 7.

³⁸⁷ BAUMAN, 2013b, p. 39-40.

³⁸⁸ DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.2.

³⁸⁹ BAUMAN, op. cit., p. 39-40.

³⁹⁰ BRETON, op. cit., p. 9.

à história da medicina, que encarna em nossas sociedades um saber, de certa forma, oficial sobre o corpo.³⁹¹

Nesse rumo, o corpo deixa de ser a essência do homem para se tornar a sua propriedade.³⁹² É visto como um “lugar de queda”³⁹³, um “antimodelo”³⁹⁴, no mesmo momento em que, contraditoriamente, parte da Ciência Médica intenta cloná-lo.³⁹⁵ Questões atinentes à reprodução assistida, debates sobre transplantes, próteses e de ordem genética passam a ser palco de discussões na seara ética.³⁹⁶ Na medida em que se reconhece a fragilidade do corpo, busca-se remodelar, refazer e mesmo “imaterializar”³⁹⁷ o corpo, livrando-o do “embaraçoso enraizamento da carne”.³⁹⁸ Uma das formas apresentadas para “imaterializar” o corpo deu-se a partir da evolução tecnológica que passou a representar uma extensão dos corpos e dos sentidos³⁹⁹ humanos, nas palavras de Macluhan.

Ao colocar o nosso corpo físico dentro do sistema nervoso prolongado, mediante os meios elétricos, nós deflagramos uma dinâmica pela qual todas as tecnologias anteriores – meras extensões das mãos, dos pés, dos dentes e dos controles de calor do corpo, e incluindo as cidades como extensões do corpo – serão traduzidas em sistemas de informação.⁴⁰⁰

Sobre a tela do computador estarão os gostos, o *status* de relacionamento, o seu time de futebol, suas preferências políticas. Eis aqui uma das grandes modificações com a pós-modernidade: a informação passa a se movimentar sem a necessidade de corpos físicos.⁴⁰¹ Dessa forma, o modelo mecanicista apregoado na Idade Moderna, já estudado, que impunha ao corpo humano uma condição de máquina, foi suplantado. Vittorio Mathieu identificou com precisão esta mudança no cenário pós-moderno, na medida em que o corpo migra do material ao imaterial, havendo uma virtualização do corpo humano, da identidade.

Nell'età moderna si era soliti presentare le persone come una macchina estremamente complicata. Effettivamente una macchina, mentre implica rapporti spaziali, non si riduce ad essi, perché li realizza come rapporti meccanici. Se si raffigura così la persona, la difesa della sua privacy, oltre al divieto di entrare in un certo ambito, sarà il divieto di introdurvi qualcosa che impedisca al meccanismo di

³⁹¹ BRETON, 2012, p. 9.

³⁹² Ibid., p. 44.

³⁹³ Ibid., p. 125.

³⁹⁴ Ibid., p. 125.

³⁹⁵ Ibid., p. 125.

³⁹⁶ Ibid., p. 13.

³⁹⁷ Ibid., p. 349.

³⁹⁸ Ibid., p. 349.

³⁹⁹ MACLUHAN, 1964, p. 88.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 77.

⁴⁰¹ BAUMAN; MAY, 2010, p. 178.

funzionamento (ad es. sabbia in un orologio). Ma in un clima postmoderno la situazione muta del tutto. La persona si riconosce irriducibile a rapporti meccanici, perché la stessa materia diventa immateriale. Di fronte alla mente diviene virtuale, perché si risolve in una successione di scelte binarie tra due possibilità (rappresentabili, ad es., come zero ed uno). E la persona diviene virtuale come tutto il resto.⁴⁰²

Dessa forma, em face ao grande fluxo informacional e à exposição da pessoa humana, surge nova conceituação à identidade, como leciona Lasica.

Identity – the very essence of who we are and how we interact with others – is in the middle of period of extraordinary tumult. The Internet and a host of new communications technologies have transformed the concept of identity and redefined our relationships to businesses, government and constantly churning networks of friends and peers.⁴⁰³

Uma vez que a identidade está ligada à vida de relação, a Internet e os meios de comunicação desenvolveram uma nova “trofolaxe”, ultrapassando os limites físicos, e mesmo analógicos, alastrando-se pelas redes sociais, e-mails, mensagens, determinando maior agilidade e exposição da pessoa humana. Como se vê, na Idade Moderna, a máquina se ligava à ideia de matéria, já que era elemento real do mundo físico, enquanto que, nos dias atuais, a “sucessão de escolhas binárias”⁴⁰⁴ demonstra o rumo ao imaterial: o conceito de pessoa sofre um processo de virtualização. Os avanços tecnológicos e informáticos atribuíram novas dimensões ao corpo humano e à própria identidade. Nas palavras de Guido Alpa,

il diritto delle persone fisiche è stato rivoluzionato dall’applicazione diretta delle norme costituzionali; poi dalle tecnologie, biologiche e informatiche; ora dalle diverse dimensioni dell’identità, del corpo umano, della vita e della morte.⁴⁰⁵

Na lição de Lucia Santaella, é possível identificar essa mudança a partir de uma “construção do corpo como parte de um circuito integrado de informação e matéria que inclui componentes humanos e não-humanos, tanto chips de silício quanto tecidos orgânicos, bits de informações e bits de carne e osso”.⁴⁰⁶ Refere, ainda, a autora que “de fato, a oposição entre a carne mortal e pesada, por um lado, e o corpo etéreo que navega na informação – o eu desencarnado – por outro, é um dos dualismos fundamentais da cibercultura”.⁴⁰⁷ Dessa forma, a Sociedade da Informação apresenta uma nova dimensão ao conceito de corpo, ultrapassando

⁴⁰² MATHIEU, Vittorio. **Privacy e dignità dell’uomo**: una teoria della persona. Torino: Giappichelli, 2004, p. 4.

⁴⁰³ LASICA, 2009, p. 1.

⁴⁰⁴ MATHIEU, op. cit., p. 4.

⁴⁰⁵ ALPA, Guido. **Le stagioni del contratto**. Bologna: Il Mulino, 2012, p. 24.

⁴⁰⁶ SANTAELLA, 2011a, p. 39.

⁴⁰⁷ SANTAELLA, 2011b, p. 123.

os limites físicos, estremando-se de uma visão estritamente biologista para uma visão virtual, merecedora de proteção jurídica.

Stefano Rodotà refere-se a uma “nova antropologia”⁴⁰⁸ pela “tecnoscienza”⁴⁰⁹. A pessoa passa a ser digital, é o “homo numericus”⁴¹⁰, denomina de “post-umano”⁴¹¹. Em importante contribuição, Rodotà refere à existência de um “corpo elettronico”.

Così il corpo elettronico, costituito dall’insieme delle informazioni riguardanti a un soggetto, è qualcosa che si riversa all’esterno, si distribuisce al mondo, entra nella disponibilità di una molteplicità di soggetti i quali, in questo mondo, contribuiscono alla definizione delle stesse identità altrui, in primo luogo costruendo e diffondendo profili individuali, di grupo, sociali.⁴¹²

O corpo eletrônico, portanto, refere-se a esta reunião de informações que dizem do sujeito, refletindo na construção da identidade. A unidade física, que o autor italiano chama de “perímetro delineado da pele”⁴¹³, não mais define o corpo.⁴¹⁴ Assim, se não é possível negligenciar o “corpo eletrônico”, tampouco se deve reduzir o mesmo aos dados, às informações.

Il riconoscimento della rilevanza della persona, tuttavia, sarebbe incompleto se si limitasse a ribadire, e a collocare nel contesto determinato dall’innovazione scientifica e tecnologica, l’inscindibilità tra corpo e mente, trascurando la dimensione del ‘corpo elettronico’. Se è certamente riduttivo, e pericoloso, affermare che ‘noi siamo nostri dati’, è pur vero che la nostra vita sta ormai diventando uno scambio continuo di informazioni, che viviamo in un flusso ininterrotto di dati, sì che costruzione, identità, riconoscimento della persona dipendono in maniera sempre più inestricabile dal modo in cui viene considerato l’insieme dei dati che la riguardano. Ma qui non vi è astrazione dal reale, attrazione nella pura virtualità. Nella dinamica delle relazioni sociali, e pure nella percezione di sé, la vera realtà è quella definita dall’insieme delle informazione che riguardano, organizzare elettronicamente. Questo è il corpo che si coloca nel mondo.⁴¹⁵

Cada vez mais, a construção da identidade volta-se ao fluxo de dados, reconhecendo a pessoa na medida dos dados que lhe dizem respeito.⁴¹⁶ Trata-se de uma “construção incessante”⁴¹⁷, como define Rodotà.

⁴⁰⁸ RODOTÀ, Stefano. **La rivoluzione della dignità**. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2013, p. 16

⁴⁰⁹ Ibid., p. 16.

⁴¹⁰ Ibid., p. 33.

⁴¹¹ Ibid., p. 33.

⁴¹² RODOTÀ, 2012, p. 26.

⁴¹³ Ibid., p. 26.

⁴¹⁴ Ibid., p. 26.

⁴¹⁵ Ibid., p. 159.

⁴¹⁶ Ibid., p. 159.

⁴¹⁷ RODOTÀ, 1997, p. 142.

Se, invece, ci si muove nel mondo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, se si naviga su Internet, l'identità si conferme davvero come il frutto d'una costruzione incessante. Quali sono le forme di questa costruzione? In molte ricerche vengono descritti percorsi individuali e collettivi che consentono di proporre risposte a un interrogativo così difficile. Ma, ormai, mostrare la costruzione di una identità significa allo stesso tempo descrivere una mutazione. Non solo cambia il riferimento essenziale, perché al posto della Real Life troviamo la Virtual Life, che per un numero crescente di persone si presenta come quella davvero 'reale'.⁴¹⁸

Diogo Costa Gonçalves refere que o ser humano passa para uma “fragmentação dos modelos de realização”⁴¹⁹ pessoal, sendo o homem contemporâneo “pluriversal”⁴²⁰, tendo vida dispersa, com inúmeros centros de interesse (trabalho, família, política, pesquisas), “sem conhecer os fins últimos da pessoa”.⁴²¹ Nesse sentido, ocorre que o corpo eletrônico está disperso, de forma fragmentada pelo mundo virtual, sendo que as pessoas ora são consumidoras, trabalhadoras, usuárias de serviços⁴²².

'Fragmentos' de cualquiera de nosotros se conservan en innumerables bancos de datos en los que nuestra identidad es objeto de selección y descomposición, en los que aparecemos como consumidores, como electores, deudores, trabajadores, usuarios de autopistas, y así sucesivamente. Una vez más, nos dispersamos en el tiempo y en el espacio. Una situación ésta que aun siendo excepcional para el cuerpo físico, se ha convertido ya en la condición existencial de cualquier persona.⁴²³

A proteção ao corpo não se restringe somente à questão física. A soberania sobre o próprio corpo passa pelo direito ou proibição de acesso ou não aos bancos de dados, com informações que dizem respeito à pessoa, bem como promover a sua retificação, cancelamento ou integração dos mesmos⁴²⁴, passando, em razão de suas novas extensões, a existir uma “personalidade telemática”. Os dados pessoais passam a ser “elemento constitutivo” da identidade, portanto, merecedora de proteção.⁴²⁵ Está-se diante, nesse rumo, de uma “revolução de identidade”, que passa pela *cloud computing*.

Stiamo davvero vivendo una vera rivoluzione dell'identità. 'L'identità [...] è nel cuore di un tempo di straordinari tumulti', nell'età nuova del Web, della continua e

⁴¹⁸ RODOTÀ, 1997, p. 142.

⁴¹⁹ GONÇALVES, 2008, p. 58-59.

⁴²⁰ Ibid., p. 58-59.

⁴²¹ Ibid., p. 58-59.

⁴²² RODOTÀ, Stefano. **La vida y las reglas**: entre el derecho y el no derecho. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010, p. 101.

⁴²³ Ibid., p. 101.

⁴²⁴ RODOTÀ, 2012, p. 159.

⁴²⁵ RODOTÀ, Stefano. **Intervista su privacy e libertà**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005, p. 47.

massiccia produzione di profili, di ‘cloud computing’, dell’intelligenza artificiale, di sviluppi come quelli indicati dall’ ‘autonomic computing’.⁴²⁶

Importa destacar que Rodotà identifica uma particularidade da *Cloud Computing* que é se tratar de uma estrutura acessível, externa, na qual os dados são depositados, que não são gestionados diretamente pelos usuários,⁴²⁷ merecendo, portanto, uma especial atenção. Nos ordenamentos jurídicos ocidentais, a tutela do corpo físico está fortemente presente. No entanto, há que se desenvolver uma maior sensibilização quanto ao corpo eletrônico.⁴²⁸ Nesse sentido, qualquer cerceamento ou perda de acesso à rede pode significar o mesmo que a “prisão da carne”, já que corpo eletrônico passa a sofrer limitações na dimensão eletrônica.

Si annuncia un futuro che la perdita dello status in rete può rappresentare la massima della privazioni. ‘Per lui che aveva vissuto nella corporea esultanza del cyberspazio questa era la Caduta nella Prigione della carne’. E in questa formulazione è significato soprattutto il fatto che la corporeità davvero rilevante sia ormai tutta trasferita e risolta nella dimensione elettronica, dove finalmente si realizzerebbe la liberazione dagli angusti e ingombranti vincoli del corpo, ormai divenuto puro ‘corpo terminale’ di un uomo trasformato in ‘essere interattivo, volta a volta emittente e ricevente’.⁴²⁹

Como se passará a analisar, assim como o corpo físico merece tutela, na medida que não é possível a disposição onerosa de órgãos, por exemplo, o corpo eletrônico também deve receber a tutela, o qual, por se tratar de um emaranhado de informações, há que se aplicar os direitos de personalidade, sobretudo, a privacidade⁴³⁰, promovendo um retorno à dignidade da pessoa humana, nos veios de sua gênese cristã, que a tecnologia não pode alcançar.

2.3 A PRIVACIDADE COMO DIREITO DE PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Diante dos novos limites dados à pessoa, com a criação de um “corpo eletrônico”, devem os direitos de personalidade ser introjetados neste meio, no sentido de adequá-los ao mundo virtual, com a dignidade da pessoa humana, de origem cristã. Aliás, Jacques Maritain advertiu acerca das liberdades e direitos do homem como pessoa.

⁴²⁶ RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012, p. 319-320.

⁴²⁷ Ibid., p. 332.

⁴²⁸ RODOTÀ, 2005, p. 121.

⁴²⁹ RODOTÀ, 1997, p. 142.

⁴³⁰ RODOTÀ, op. cit., p. 149.

Se cada um dos direitos do homem fôsse, por natureza, absolutamente incondicional e exclusivo de tãda e qualquer limitação, como um atributo divino, é evidente que todo conflito entre êles seria irreconciliável. Mas quem não saber, realmente, que êsses direitos, sendo humanos, são, como tudo que é humano, sujeitos ao condicionamento e à limitação, pelo menos, como vimos no que diz respeito ao seu exercício? Nada de mais normal do que os vários direitos atribuídos ao ser humano sejam limitados uns pelos outros, particularmente que os direitos econômicos-sociais, os direitos de um homem como pessoa vivendo em comunidade, não possam conquistar um lugar na história humana sem restringirem, até certo ponto, as liberdades e os direitos do homem como pessoa individual.⁴³¹

Nesse sentido, os direitos de personalidade e, mais diretamente, o direito à privacidade, ganham importância, tornando-se um dos principais temas contemporâneos a serem enfrentados no século XXI⁴³², na medida em que se conforma em critério para as respostas a serem dadas pelo ordenamento jurídico, inclusive, na temática relacionada entre a *Cloud Computing* e os aspectos sucessórios, apresentando limites. O corpo evoluiu e a dignidade deve acompanhá-lo.

Na história dos direitos de personalidade, em especial, no direito à privacidade, não é a primeira vez que avanços tecnológicos obrigaram a busca por novos rumos. Em importante marco na evolução dos direitos de personalidade, Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis enfrentaram o surgimento das máquinas fotográficas instantâneas e a privacidade, em célebre artigo publicado na *Harvard Law Review*, tendo observado

that the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the demands of society.⁴³³

Os autores, pioneiros na matéria, explanaram a necessidade da extensão da proteção aos direitos de personalidade e da privacidade, diante das modificações sociais, econômicas e políticas. Nesse sentido, passar-se-á ao estudo dos direitos de personalidade, em especial, voltando-se ao direito de privacidade, buscando sua origem, seu conceito e sua evolução.

⁴³¹ MARITAIN, 1956, p. 125.

⁴³² PAGALLO, Ugo. **La tutela della privacy negli Stati Uniti D'America e in Europa: modelli giuridici a confronto**. Milano: Giuffrè, 2008, p. 1.

⁴³³ WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Boston, v. 4, n. 5, p. 193-200, dez. 15, 1890, p. 193.

2.3.1 Aspectos Históricos

O estudo realizado acerca da pessoa e, no particular, o estudo antropológico do corpo e sua relação com a alma, revelou sua origem religiosa no Cristianismo que, com o passar do tempo, foi positivado. É o que ensina Carlos Silveira Noronha:

O reconhecimento pelo Estado dos direitos da pessoa humana, na atualidade, não mais se inclui no objeto do direito natural, mas no do direito positivo, pois é, no âmbito exclusivo dele que se instala a sede jurídica das liberdades públicas.⁴³⁴

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda explicou este caminho percorrido pelos direitos de personalidade da Religião para o Direito.

Os direitos de personalidade não são impostos por ordem sobrenatural, ou natural, aos sistemas jurídicos; são efeitos de fatos jurídicos, que se produziram nos sistemas jurídicos, quando, a certo grau da evolução, a pressão política fez os sistemas jurídicos darem entrada a suportes fáticos que antes ficavam fora, na dimensão moral ou religiosa.⁴³⁵

Em importante contribuição, Noronha, estabelecendo a ponte entre os Direitos Humanos e o Direito Civil, classifica os direitos de personalidade como “categoria dos direitos naturais pertencentes ao homem”, enfim, dos próprios Direitos Humanos.

Assim, tais direitos aparecem formalmente proclamados a partir do século das luzes, como direitos naturais pertencentes ao homem, inalienáveis e imprescritíveis, aliás, como agora alguns deles encontram-se definidos e caracterizados também no vigente Código Civil Brasileiro, nos artigos 11 a 21, na categoria de Direitos de Personalidade. Por se constituírem em direitos imanentes ao indivíduo, não criados pelo legislador, mas por ele simplesmente reconhecidos e declarados, resultam por impor ao Estado um dever de abstenção ou de respeito às liberdades do cidadão, sem o qual não se pode conceber um Estado de direito.⁴³⁶

Nessa linha evolutiva, é possível apontar fatos históricos que marcaram os Direitos Humanos e, por conseguinte, os Direitos de Personalidade, como a Carta de João sem Terra, no ano de 1215, o *Habeas Corpus Act*, em 1679, e o *Bill of Rights*, de 1688.⁴³⁷ Como divisor de águas, como “momento formal”, na lição de Carlos Silveira Noronha, está a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*.

⁴³⁴ NORONHA, 2011, p. 27.

⁴³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7, p. 7.

⁴³⁶ NORONHA, op. cit., p. 28-29.

⁴³⁷ Ibid., p. 28.

E tal irradiação de ideias alcançou o seu momento formal na França, com a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, promulgada aos 27 de agosto do mesmo ano, com dezessete artigos, embora não seja essa declaração a origem primeira do reconhecimento dos direitos da pessoa humana.⁴³⁸

Cumprido destacar que, mais remotamente, a concepção de direitos de personalidade cingia-se ao próprio direito autoral, pelos idos de 1853, por Bluntschli.⁴³⁹ Em 1890, em célebre artigo publicado na *Harvard Law Review*, Brandeis e Warren reconhecem que os direitos de personalidade não se subsomem tão somente aos limites do corpo do indivíduo, estendendo-se à sua reputação, avançando ao campo do intangível.

Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, -the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term " property " has grown to comprise every form of possession- intangible, as well as tangible. (...) So regard for human emotions soon extended the scope of personal immunity beyond the body of the individual. His reputation, the standing among his fellow-men, was considered, and the law of slander and libel arose.⁴⁴⁰

Referido estudo pugnou pela proteção jurídica de cartas quotidianas trocadas entre as pessoas, relatos de fatos triviais e, ainda, os diários, referindo a necessidade de prévia autorização para eventual publicação.

It is immaterial whether it be by word or by signs, in painting, by sculpture, or in music. Neither does the existence of the right depend upon the nature or value of the thought or emotion, nor upon the excellence of the means of expression. The same protection is accorded to a casual letter or an entry in a diary and to the most valuable poem or essay, to a botch or daub and to a masterpiece. In every such case the individual is entitled to decide whether that which is his shall be given to the public. No other has the right to publish his productions in any form, without his consent. This right is wholly independent of the material on which, or the means by which, the thought, sentiment, or emotion is expressed.⁴⁴¹

Dessa forma, os autores sustentaram que, não somente a pintura, a escultura ou mesmo escritos com valor literário devem ser protegidos, por questões meramente de propriedade autoral, mas bilhetes e cartas comuns, revelando interesses, gostos pessoais, mereciam autorização de seus autores para publicação. É o que se depreende do fragmento do texto que segue:

⁴³⁸ NORONHA, 2011, p. 27-28.

⁴³⁹ PONTES DE MIRANDA, 1955, v. 7, p. 6.

⁴⁴⁰ WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 193-194.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 199.

A man records in a letter to his son, or in his diary, that he did not dine with his wife on a certain day. No one into whose hands those papers fall could publish them to the world, even if possession of the documents had been obtained rightfully; and the prohibition would not be confined to the publication of a copy of the letter itself, or of the diary entry; the restraint extends also to a publication of the contents. What is the thing which is protected? Surely, not the intellectual act of recording the fact that the husband did not dine with his wife, but that fact itself. It is not the intellectual product, but the domestic occurrence. A man writes a dozen letters to different people. No person would be permitted to publish a list of the letters written.⁴⁴²

Portanto, Brandeis e Warren inovaram. Eis que colaboraram para o direito de privacidade, visto que, de um fato comum, cotidiano, como um encontro, uma janta, estabeleceram a necessidade de proteção contra sua livre publicação. Mesmo se tratando de uma “domestic occurrence”⁴⁴³, um fato do dia-a-dia, no âmbito do lar, sem um fundo eminente intelectual ou sem se constituir uma obra artística, defenderam que não poderia ser publicizado sem o assentimento das partes envolvidas.

E, como ponto alto, conceitaram o direito à privacidade.

The principle which protects personal writings and any other productions of the intellect or of the emotions, is the right to privacy, and the law has no new principle to formulate when it extends this protection to the personal appearance, sayings, acts, and to personal relation, domestic or otherwise. If the invasion of privacy constitutes a legal injury, the elements for demanding redress exist, since already the value of mental suffering, caused by an act wrongful in itself, is recognized as a basis for compensation.⁴⁴⁴

Portanto, a “privacy”, já em 1890, figurava como objeto de proteção dos direitos de personalidade, no sentido dar segurança à esfera privada dos indivíduos e, quando violada, configurar hipótese de indenização ao lesado.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, mais precisamente em seu artigo 12, reconheceu o direito à privacidade.⁴⁴⁵ Jacques Maritain assim descreveu o momento histórico vivido:

Devido ao desenvolvimento histórico da humanidade, a crises crescentes no mundo moderno e ao progresso, embora precário, da consciência moral e da reflexão, vieram os homens a inteirar-se – muito mais perfeitamente do que antes, mas ainda de modo incompleto – de certo número de verdades práticas relativas à sua vida em comum e sobre as quais é possível chegar a um acordo. Tais verdades práticas, contudo, procedem, segundo a concepção de cada um, de sistemas teóricos extremamente diversos, ou mesmo fundamentalmente opostos, que dependem de suas bases ideológicas, de suas tradições filosóficas e religiosas, de seu preparo cultural e de suas experiências históricas. Como o demonstrou de modo muito claro

⁴⁴² WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 201.

⁴⁴³ Ibid., p. 201.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 213.

⁴⁴⁵ PAGALLO, 2008, p. 8.

a Declaração Internacional de Direitos, publicada pela Nações Unidas em 1948, não é fácil, sem dúvida, mas é possível estabelecer uma formulação comum dessas conclusões práticas ou, por outras palavras, dos vários direitos possuídos pelo homem em sua experiência pessoal e social.⁴⁴⁶

Em 1950, no artigo 8º, também a Convenção Europeia para os Direitos Humanos fez constar expressamente este direito.⁴⁴⁷ Karl Larenz, menos de uma década após, lecionou:

Además, de lo dicho, es en principio posible y deseable el reconocimiento de otros derechos particulares de la personalidad; no obstante, para el reconocimiento del respectivo derecho se exigirá que sua extensión se halle suficientemente determinada y que dicho reconocimiento tenga base en la conciencia jurídica general, porque en caso contrario quedaría sin protección del particular al respeto de su esfera personal. En principio podía bastar a estas exigencias el derecho al respeto de la esfera secreta de la persona, defendido por muchos hace largo tiempo, mediante el que se obtendría la necesaria protección contra la publicación no autorizada u outro aprovechamiento de cartas, piezas musicales o apuntes no destinados a la publicidad e informes o comunicaciones privados considerados como íntimos o confidenciales.⁴⁴⁸

Inúmeros outros países legislaram acerca desta matéria, como a “Land” de “Essen”, em 1970, na Alemanha⁴⁴⁹; a Normativa Nacional da Suécia, em 1974; bem como os Estados Unidos, em 1974; e, na França, em 1978⁴⁵⁰. Em 1995, a Diretiva 46 introduziu no Direito Comunitário Europeu o primeiro regramento sobre privacidade, voltando-se aos dados pessoais e aos limites de sua livre circulação.⁴⁵¹ Na Carta de Nice, o direito de privacidade foi tratado separadamente do direito fundamental à vida privada, passando a ser tratado como proteção dos dados pessoais.⁴⁵²

Nos Estados Unidos, em razão das violações aos direitos autorais, bem como à pornografia, o Congresso Norte-americano aprovou, em maio de 1998, o “Digital Millenium Copyright Act”.⁴⁵³ Em 2001, diante do atentado às torres gêmeas, o “Patriotic Act” introduziu uma série de disposições a fim de controlar os dados e informações dos cidadãos, sob o fundamento da segurança nacional, buscando prevenir o que fora denominado de “terrorismo doméstico”.⁴⁵⁴ É o que Pagallo enfatizou:

⁴⁴⁶ MARITAIN, 1956, p. 91.

⁴⁴⁷ PAGALLO, 2008, p. 8.

⁴⁴⁸ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Tradução de Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1959, v. 2, p. 584.

⁴⁴⁹ PAGALLO, op. cit., p. 8.

⁴⁵⁰ Ibid., p. 8.

⁴⁵¹ Ibid., p. 10.

⁴⁵² Ibid., p. 115.

⁴⁵³ Ibid., p. 11.

⁴⁵⁴ Ibid., p. 24-25.

Tra i motivi principali per cui, sempre più di frequente, si affronta il tema della privacy negli ultimi anni, vanno infatti registrati gli eventi che hanno fatto séguito agli attachi dell'11 settembre 2001 con la cosiddetta 'guerra al terrore' e la legislazione d'emergenza.⁴⁵⁵

A China, por sua vez, criou os “muros de fogo”, com o objetivo de afastar e apartar a sua internet do mundo, no sentido de estabelecer controle sobre as informações que circulam nos meios virtuais.⁴⁵⁶

2.3.2 Em busca da Ampliação do Conceito de Privacidade como Direito de Personalidade na Sociedade da Informação

Personalidade é a “qualidade de ser pessoa”.⁴⁵⁷ Os direitos de personalidade “tem a ver com a posição das pessoas humanas no direito, com a exigência de sua dignidade”⁴⁵⁸. Nos ensinamentos de Mota Pinto,

incidem os direitos de personalidade sobre a vida da pessoa, a sua saúde física, a sua integridade física, a sua honra, a sua liberdade física e psicológica, o seu nome, sua imagem ou a reserva sobre a intimidade da sua vida privada. É este um círculo de direitos necessários; um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera pública de cada pessoa – o carácter categórico desta asserção só podendo sofrer alguma atenuação no respeitante ao direito ao nome, dado o seu carácter não ‘inato’.⁴⁵⁹

Dessa forma, o direito à privacidade integra o rol dos direitos de personalidade, tendo como sua “raiz axiológica ontologicamente fundada”⁴⁶⁰ a “dignidade do homem”.⁴⁶¹ Francisco Amaral leciona acerca da importância do tratamento jurídico acerca desta temática:

O direito da informática enfrenta a questão da disciplina jurídica do uso do computador, com a necessidade de tutelar aspectos de personalidade humana, como a privacidade, a imagem, a dignidade e a honra das pessoas. Todos esses campos interagem com o direito civil na solução dos problemas relacionados com o dano à pessoa, tendo como critério decisivo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa e dos direitos da personalidade.⁴⁶²

⁴⁵⁵ PAGALLO, 2008, p. 2.

⁴⁵⁶ Ibid., p. 26.

⁴⁵⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 5.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 6.

⁴⁵⁹ MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 101.

⁴⁶⁰ MATHIEU, 2004, p. 8.

⁴⁶¹ Ibid., p. 8.

⁴⁶² AMARAL, Francisco. **O dano à pessoa no direito civil brasileiro**. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 119-156, p. 126.

De tal forma, com a Sociedade da Informação, o direito à privacidade, ou à *Privacy*, ganha novos contornos diante das novas situações da vida, apresentando uma necessária revisitação conceitual. Segundo Ugo Pagallo, as quatro teorias que surgiram no tempo definindo a essência da privacidade são: não intrusão, exclusão, limitação e controle.⁴⁶³

A privacidade como “não intrusão” é aquela descrita no caso Warren e Brandeis, no sentido do direito de ser deixado sozinho ou “right to be alone”.⁴⁶⁴ A pessoa deve ser livre de qualquer intrusão pública ou privada não autorizada.⁴⁶⁵ A privacidade como “exclusão” é aquela em que uma pessoa deve ser “completamente inacessível aos outros”.⁴⁶⁶ Pagallo bem define esta linha de pensamento:

In altri termini: avremmo lo specifico diritto di escludere gli altri dalla nostra vita, e di vivere conseguentemente appartati, in santa pace e tranquillità. La tesi dell’ ‘esclusione’ – come quella della ‘non intrusione’ – si sponne tuttavia a una difficoltà insormontabile: anche lo ‘stato di solitudine’ al quale si è rifatto a suo tempo Alan F. Westin, presta infatti fianco all’obiezione che ci sono in fondo molti casi in cui disponiamo di privacy, pur non essendo affatto soli.⁴⁶⁷

A privacidade como “limitação” é aquela em que a pessoa vai escolher com quem vai codividir, partilhar, determinada informação e com quem não quer dar conhecimento do fato.⁴⁶⁸ E, como quarta teoria, a privacidade como “controle” que, ao invés de se fundar sobre a liberdade, solidão, ou segredo, atribuiu relevância ao papel da escolha pessoal no exercício do direito à privacidade.⁴⁶⁹

Recentemente, surgiu a “Teoria Unificada”, que reconhece a importância do controle e das escolhas pessoais, em que é possível haver “privacidade sem controle completo sobre os próprios dados”, bem como “pode haver controle sobre a informação, sem privacidade”.⁴⁷⁰

E, contemporaneamente, nos ensinamentos de Luciano Floridi, a privacidade está diretamente relacionada ao conceito de informação e, por conseguinte, deve ser considerada na construção de uma identidade, uma vez que “noi siamo la nostra stessa informazione”.⁴⁷¹ Floridi cria o conceito de infosfera, aduzindo que “information and communication technologies (ICTs) are building a new habitat (infosphere) in which future generations, living

⁴⁶³ PAGALLO, 2008, p. 39.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 39-40.

⁴⁶⁵ Ibid., p. 39-40.

⁴⁶⁶ Ibid., p. 40-41.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 40-41.

⁴⁶⁸ Ibid., p. 40-41.

⁴⁶⁹ Ibid., p. 42.

⁴⁷⁰ Ibid., p. 42-43.

⁴⁷¹ Ibid., p. 43-44.

in advanced information societies, will spend an increasing amount of time”.⁴⁷² Nesse sentido, vive-se em um ambiente repleto de informações. A infosfera, nesta linha, são “dados e informações destinados a serem partilhados, seletivos, modificados e revistos”,⁴⁷³ devendo a privacidade ser uma espécie de “imunidade” às trocas desconhecidas, indesejadas e não intencionais de informações.

La privacy si presente pertanto come ‘immunità’ da cambiamenti sconosciuti, indesiderati o inintenzionali dell’identità personale come entità informativa, in quanto ogni forma di aggressione nei confronti della privacy non è che un’indebita alterazione della natura informativa delle persone, della loro dignità.⁴⁷⁴

Segundo Delpiazzo e Viega,

En cuanto al sentido del derecho a la intimidad, el mismo ha evolucionado desde un sentido negativo (meramente garantista) a un sentido positivo. Al respecto, se ha señalado que hasta la consolidación de la sociedad industrial, el ‘right to privacy’ constreñía su contenido al conjunto de facultades de exclusión de ingerencias de terceros en la esfera íntima. En cambio, a partir de la segunda mitad del siglo XX comienza a adquirir un sentido positivo, en la medida que ya no sólo se trata de establecer barreras para preservar la integridad de la dimensión interior del individuo sino que además se afirma la ‘privacy’ como un presupuesto del ejercicio de otros derechos con proyección social e incluso económica.⁴⁷⁵

Nesse sentido, o direito de privacidade, deixando de ser uma mera limitação, ampliando sua vocação, no mundo pós-moderno, resultando em elemento na formação da “identidade pessoal”, tendo ênfase na proteção dos dados pessoais, na busca da tutela dos direitos da pessoa humana.

2.4 DA PRIVACIDADE COMO PROTEÇÃO DE DADOS NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ESTRANGEIROS: ESTADOS UNIDOS, UNIÃO EUROPEIA, ITÁLIA E PORTUGAL

Antes do estudo do Direito de Privacidade, no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, passar-se-á à análise do ordenamento jurídico estrangeiro acerca do direito de privacidade ou *privacy*.

⁴⁷² FLORIDI, Luciano. The construction of personal identities online. **Minds and Machines**, v. 21, n. 4, p. 477-479, 2011, p. 477.

⁴⁷³ PAGALLO, 2009, p. 706.

⁴⁷⁴ PAGALLO, 2008, p. 43-44.

⁴⁷⁵ DELPIAZZO; VIEGA, 2004, v. 1, p.225.

2.4.1 Estados Unidos

Os americanos investem altas quantias em privacidade.⁴⁷⁶ Cedo buscam sair de casa, optam por apartamentos, ao invés de dormitórios.⁴⁷⁷ No setor hospitalar, preferem acomodações privativas e, na idade adulta, hospedam seus pais em lares para anciãos, a fim de buscar manter a sua privacidade.⁴⁷⁸ Aliás, foi nos Estados Unidos, conforme o artigo publicado na Harvard Law Review, em 1890, que foi dado o “ponto de partida do direito à privacidade”, o que, por si só, demonstra o interesse do povo norte-americano.⁴⁷⁹

Isto se revela pelo fato de que os Estados Unidos dispõem, em praticamente todo o seu território, que a invasão de privacidade é ato ilícito, fixando indenização em favor daquele que sofreu a violação, responsabilizando civilmente o transgressor.⁴⁸⁰ Segundo David A. Anderson, as principais violações identificadas em solo estadunidense são: veiculações públicas de fatos da vida privada que venham a causar constrangimentos, embaraços; ingressos em espaços privados; utilização de imagem para fins comerciais.⁴⁸¹

O que efetivamente representa uma contradição é que se, por um lado, verifica-se uma grande preocupação por dar proteção à privacidade, o “principal material consumido na produção de notícias e entretenimento é a vida privada e pública das pessoas”.⁴⁸² Há, nos Estados Unidos, um grande número de programas de realidade que discutem patologias, fantasias eróticas, carreiras criminais, famílias com sérios problemas e disfunções, entre outros.⁴⁸³ A peculiaridade é que a violação à privacidade nos Estados Unidos leva em conta o contexto⁴⁸⁴, ou seja, é analisado o caso; dependendo do fato e das pessoas poderá ou não haver ato ilícito. Anderson afirma que, em território americano, a “privacidade é idiossincrática”⁴⁸⁵.

Another weakness in the empirical approach is that it tends to erase individual differences. Privacy is idiosyncratic. To an exhibitionist, publication of a nude photo might be of no great concern, but to another it could be deeply hurtful. Some people

⁴⁷⁶ ANDERSON, David A. **The failure of american privacy law.** In: MARKESINIS, Basil S. (Org.). **Protecting privacy.** New York: Oxford University Press, 1999, p. 139-167, p. 139.

⁴⁷⁷ Ibid., p. 139.

⁴⁷⁸ Ibid., p. 139.

⁴⁷⁹ RODOTÀ, 2005, p. 8.

⁴⁸⁰ ANDERSON, op. cit., p. 139.

⁴⁸¹ Ibid., p. 140.

⁴⁸² Ibid., p. 141.

⁴⁸³ Ibid., p. 143.

⁴⁸⁴ Ibid., p. 150.

⁴⁸⁵ Ibid., p. 150.

delight in discussing their medical problems – matters that others would find embarrassing or humiliating. The empirical approach to privacy law submerges these differences in abstractions like ‘ordinary reasonable person’ and ‘community mores’ It also takes too little account of context. Privacy is highly contextual.⁴⁸⁶

Além disso, os magistrados americanos relutam para delimitar de forma inflexível o que seja privado, uma vez que entendem depender a caracterização da violação à privacidade de acordo com cada sociedade e dos sub-grupos afetos ao caso.⁴⁸⁷ Especificadamente sobre banco de dados, em 1998, foi publicado o “Digital Millennium Copyright Act” (DMCA), que teve como objetivo a proteção de dados, no âmbito da propriedade intelectual.

Il 28 ottobre 1998, negli Stati Uniti, fu emanato il Digital Millennium Copyright Act (DMCA) (17 United State Code 1201), il quale, tra l’altro, disciplina la responsabilità dei prestatori di servizi di rete per la diffusione di material che violano le norme a tutela del copyright. (...) In particolare, per quanto a concerne il fornitore di un servizio telematico che trasmette a fornisce acesso alla rete, la § 512 a) prevede che questi non possa essere considerato responsabile qualora: 1) l’informazione sia propagata da un soggetto terzo; 2) la trasmissione, la connessione o lo stoccaggio delle informazioni rientri in un processo tecnico, e l’operatore non abbia selezionato i contenuti a diffondere; 3) l’intermediario non selezioni i destinatari; 4) il contenuto non sia registrato e non sia mantenuto per un periodo di tempo che ecceda quello strettamente necessario allo svolgimento delle finalità tecniche; 5) l’informazione non sia modificata dall’intermediario.⁴⁸⁸

Pelos idos de 2008, Bill Gates já exigia uma legislação federal sobre privacidade nos Estados Unidos, enquanto o legislador americano acreditava nas “forças espontâneas do mercado” e que a sociedade poderia chegar a um “equilíbrio”, neste campo, por si só, sem a necessidade de intervenção.⁴⁸⁹ Não que não se acreditasse na privacidade, mas o pensamento era autorregulatório. Posteriormente, em face dos atentados de 11 de setembro de 2001, em New York, o *Patriot Act*, para combater o terrorismo, determinou a uma série de sujeitos públicos o direito a acessar dados particulares e públicos, eliminando quaisquer proibições.⁴⁹⁰ O texto assim refere:

Allows law enforcement to use surveillance against more crimes of terror. Before the Patriot Act, courts could permit law enforcement to conduct electronic surveillance to investigate many ordinary, non-terrorism crimes, such as drug crimes, mail fraud, and passport fraud. Agents also could obtain wiretaps to investigate some, but not all, of the crimes that terrorists often commit. The Act

⁴⁸⁶ ANDERSON, 1999, p. 150.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 148-149.

⁴⁸⁸ CIOMMO, Francesco. Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down. *Il Diritto dell’Informazione e Dell’Informatica*, Roma, 26, n. 6, p. 829-857, nov./dez. 2010, p. 843.

⁴⁸⁹ PAGALLO, 2008, p. 97-98.

⁴⁹⁰ RODOTÀ, 2010, p. 102.

enabled investigators to gather information when looking into the full range of terrorism-related crimes, including: chemical-weapons offenses, the use of weapons of mass destruction, killing Americans abroad, and terrorism financing.⁴⁹¹

Nesse sentido, houve a extensão da possibilidade de acesso a dados privados para toda a gama de crimes vinculados ao terrorismo. Rodotà afirma que “se vuelve entonces problemática la posibilidad de sustraer el cuerpo electrónico a la mirada total de poderes incontrolables.”⁴⁹² É digno de nota que inúmeros são os grupos, nos Estados Unidos, os quais, diante deste cenário, buscam a defesa da liberdade civil, no sentido de que cada um possa estabelecer o nível de proteção à privacidade.⁴⁹³

Em 2003, os Estados Unidos, mais uma vez em matéria acerca dos dados, publicaram o *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*⁴⁹⁴, com o objetivo de coibir o envio de e-mails indesejados que envolvem a pornografia e a publicidade com o fim comercial. Rodotà apresentou a seguinte afirmação acerca do mencionado *Act*:

Ricordo che nel 2001 sono stato sentito dal Congresso degli Stati Uniti e ho provocato una mezza bagarre, con la mia posizione a favore di una regolamentazione delle novità tecnologiche. Si disse: questo europeo che vieni negli Stati Uniti con la sua idea giacobina e autoritaria di regole legislative non capisce che tanto paternalismo è inaccettabile in una società libera, capace di decidere con la propria testa e di muoversi senza steccati nel suo mercato... Due anni dopo cosa accadde? Torno negli Stati Uniti, scopro una diversa consapevolezza creata ad esempio dallo ‘spamming’, dall’enorme invio di posta elettronica indesiderata, che stava determinando istantaneamente in Rete e danni economici rilevantissimi. Gli Stati Uniti, in quel 2003, adottarono il più ovvio dei sistemi: le regole!⁴⁹⁵

Como se vê, mesmo o pensamento liberal americano cedeu à necessidade de regulação acerca do envio de dados por correio eletrônico, demonstrando que a autopoiese, a autorregulação do sistema, nem sempre é o caminho mais acertado, tendo como consequência pesados danos sobre os seus usuários, mormente os mais vulneráveis.

⁴⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Controlling the assault of non-solicited pornography and marketing act of 2003**. Washington: Congress, 2003. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-108publ187/pdf/PLAW-108publ187.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

⁴⁹² RODOTÀ, 2010, p. 102.

⁴⁹³ RODOTÀ, 1997, p. 149-150.

⁴⁹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Patriotic act**. Washington: Department of Justice, 2001. Disponível em: <<http://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

⁴⁹⁵ RODOTÀ, Stefano. **Intervista su privacy e libertà**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005, p. 138-139.

2.4.2 União Europeia

Enquanto, nos Estados Unidos, a preocupação se voltou para a privacidade como “esfera de escolhas”⁴⁹⁶ ou “estilo de vida protegida constitucionalmente”⁴⁹⁷, na Europa a tradição da proteção da vida privada decorre da Declaração dos Direitos do Homem e, mais recentemente, da Carta de Nice, de 2000, que fundamentam o ordenamento comunitário nesta matéria.⁴⁹⁸

Em nível de União Europeia, a Diretiva 46/95/CE é o diploma de referência em matéria de proteção de dados pessoais.

A Directiva 95/46/CE constitui o texto de referência a nível europeu, em matéria de protecção dos dados pessoais. Institui um quadro regulamentar a fim de estabelecer um equilíbrio entre um nível elevado de protecção da vida privada das pessoas e livre circulação de dados pessoais no interior da União Europeia (UE). Para este efeito, fixa limites estritos à recolha e à utilização de dados pessoais e solicita a criação, em cada Estado-Membro, de um organismo nacional independente encarregado da protecção de dados.⁴⁹⁹

Em face do direito comunitário europeu, mais precisamente do artigo 2º, alínea ‘a’ da Diretiva acima mencionada, o conceito de dado pessoal é comum a seus membros, como leciona Zeno-Zencovich:

Si parla dalla definizione – comune a tutta l’Europa – di dato personale: ‘Qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (‘persona interessata’); si considera identificabile la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero di identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale.’⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ PAGALLO, 2008, p. 1.

⁴⁹⁷ Ibid., p. 1.

⁴⁹⁸ Ibid., p. 1.

⁴⁹⁹ UNIÃO EUROPEIA. **Protecção dos dados pessoais, 1995.** 1995b. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/114012_pt.htm>. Acesso em: 23 ago. 2014.

⁵⁰⁰ ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. La ‘comunione’ di dati personali: un contributo al sistema dei diritti della personalità. **Il Diritto dell’Informazione e Dell’Informatica**, Roma, v. 25, n. 1, p. 5-22, jan./fev. 2009, p. 7. Tradução em português do próprio site da União Europeia <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=pt>, em 12 de janeiro de 2014: “ « Dados pessoais », qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (« pessoa em causa »); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social;”

Nesse sentido, os dados protegidos extravasam a identidade física, e mesmo a fisiológica, que se dá no âmbito do corpo físico, voltando-se, também, à identidade psíquica, econômica, cultural e social que, nos dias atuais, se manifesta, principalmente, no “corpo eletrônico”, expressão já analisada.

A Diretiva, em seu considerando (2), de forma clara, demonstra seu papel, uma vez que afirma que os sistemas de dados “estão a serviço do Homem”, ou seja, o ser humano não pode ter sua liberdade e direitos fundamentais violados, como a vida privada, em face da tecnologia.

(2) Considerando que os sistemas de tratamento de dados estão ao serviço do Homem; que devem respeitar as liberdades e os direitos fundamentais das pessoas singulares independentemente da sua nacionalidade ou da sua residência, especialmente a vida privada, e contribuir para o progresso económico e social, o desenvolvimento do comércio e o bem-estar dos indivíduos;⁵⁰¹

No artigo 7º da referida Diretiva 95/46/CE, dentre as hipóteses que os Estados-membros estabelecem sobre a necessidade de tratamento de dados, estão enumeradas: a “execução de um contrato”, “quando for necessário cumprir uma obrigação legal” ou, ainda, ao se referir à “proteção de interesses vitais da pessoa em causa”.⁵⁰² Logo, depreende-se que a buscou proteger os dados pessoais no cumprimento das obrigações decorrentes da vontade, como contratos de prestação de serviços ou fornecimento de bens, bem como nas obrigações que decorrem da lei, neste particular, é o caso dos direitos sucessórios. Ainda, fez referência a situações que envolvem patologias e a vida da pessoa humana, no sentido de proteger Direitos Fundamentais.

Em Nice, no dia 7 de setembro de 2000, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000/C 364/01, nos termos dos artigos 7º e 8º, assim tratou acerca da matéria em comento:

Artigo 7.º: Respeito pela vida privada e familiar

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Artigo 8.º: Protecção de Dados Pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito. 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto em lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhe digam respeito e de obter e respectiva retificação. 3. O

⁵⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE**, 1995. 1995a. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

⁵⁰² Ibid.

cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.⁵⁰³

Como se vê, a mencionada Carta, no sentido de dar proteção à vida privada e aos dados, estabeleceu como pilares para o seu tratamento o consentimento da pessoa interessada, bem como o fundamento legítimo previsto em lei. Logo, verifica-se que é necessário, nesta temática, levar em conta a vontade do titular dos dados, bem como causa expressa nos ordenamentos jurídicos. Em 2002, a Diretiva 2002/58/CE trouxe importante contribuição à matéria na medida em que se voltou expressamente para “o tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações electrónicas”⁵⁰⁴; tendo sido revogada a Diretiva 97/66/CE, esta que já não mais atendia às necessidades, diante das inovações tecnológicas.⁵⁰⁵ A referida Diretiva assim justifica a sua adoção:

(5) Estão a ser introduzidas nas redes de comunicações públicas da Comunidade novas tecnologias digitais avançadas, que suscitem requisitos específicos de protecção de dados pessoais e da privacidade do utilizador. O desenvolvimento da sociedade da informação caracteriza-se pela introdução de novos serviços de comunicações electrónicas. O acesso a redes móveis digitais está disponível a custos razoáveis para um vasto público. Essas redes digitais têm grandes capacidades e possibilidades de tratamento de dados pessoais. O desenvolvimento transfronteiriço bem sucedido desses serviços depende em parte da confiança dos utilizadores na garantia da sua privacidade. (6) A internet está a derrubar as tradicionais estruturas do mercado, proporcionando uma infra-estrutura mundial para o fornecimento de uma vasta gama de serviços de comunicações electrónicas. Os serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis através da internet abrem novas possibilidades aos utilizadores, mas suscitam igualmente novos riscos quanto aos seus dados pessoais e à sua privacidade. (7) No caso das redes de comunicações públicas, é necessário estabelecer disposições legislativas, regulamentares e técnicas específicas para a protecção dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares e dos interesses legítimos das pessoas colectivas, em especial no que respeita à capacidade crescente em termos de armazenamento e de processamento informático de dados relativos a assinantes e utilizadores.⁵⁰⁶

Dos considerandos acima descritos, verifica-se que a Diretiva reconhece que, hodiernamente, vive-se na Sociedade da Informação e, com advento de “novos serviços de comunicação eletrônica”⁵⁰⁷, com capacidade de armazenamento de dados, “novos riscos” passam a existir quanto aos “dados pessoais e à privacidade”.⁵⁰⁸ A Diretiva 2002/58/CE

⁵⁰³ UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000.** Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁵⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2002/58/CE, 2002.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>>. Acesso em 23 ago. 2014.

⁵⁰⁵ Ibid.

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Ibid.

⁵⁰⁸ Ibid.

estabelece obrigações aos prestadores de serviço de comunicação eletrônica no que toca à segurança e proteção dos dados, conforme excerto do considerando (20).

(20) Os prestadores de serviços devem tomar medidas adequadas para garantir a segurança dos seus serviços, se necessário em conjunto com o fornecedor da rede, e informar os assinantes sobre quaisquer riscos específicos de violação da segurança da rede. Esses riscos podem ocorrer especialmente para os serviços de comunicações eletrônicas através de uma rede aberta como a internet ou a telefonia móvel analógica. É particularmente importante para os assinantes e utilizadores desses serviços receberem do seu prestador de serviços todas as informações acerca dos riscos existentes em termos de segurança para os quais o prestador de serviços em causa não dispõe de soluções. Os fornecedores de serviços que disponibilizam serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis através da internet devem informar os seus utilizadores e assinantes das medidas que podem tomar para proteger a segurança das suas comunicações, como seja o recurso a tipos específicos de software ou tecnologias de cifra.

Além disso, estabelecem deveres de sigilo de correspondência, nas comunicações eletrônicas, no sentido de dar proteção à vida privada, bem como ciência quanto ao tratamento a ser dispensado aos dados.

Os dados relativos aos assinantes tratados em redes de comunicações eletrônicas para estabelecer ligações e para transmitir informações contêm informações sobre a vida privada das pessoas singulares e incidem no direito ao sigilo da sua correspondência ou incidem nos legítimos interesses das pessoas colectivas. Esses dados apenas podem ser armazenados na medida do necessário para a prestação do serviço, para efeitos de facturação e de pagamentos de interligação, e por um período limitado. Qualquer outro tratamento desses dados que o prestador de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis possa querer efectuar para a comercialização dos seus próprios serviços de comunicações eletrônicas, ou para a prestação de serviços de valor acrescentado, só é permitido se o assinante tiver dado o seu acordo, com base nas informações exactas e completas que o prestador de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis lhe tiver comunicado relativamente aos tipos de tratamento posterior que pretenda efectuar e sobre o direito do assinante de não dar ou retirar o seu consentimento a esse tratamento.⁵⁰⁹

No artigo 2º da Diretiva ora analisada, verifica-se que o “utilizador é qualquer pessoa singular que utilize um serviço de comunicações eletrônicas publicamente disponível para fins privados ou comerciais, não sendo necessariamente assinante desse serviço”.⁵¹⁰ Ainda, assim definiu: “correio eletrônico é qualquer mensagem textual, vocal, sonora ou gráfica enviada através de uma de rede pública de comunicações que pode ser armazenada na rede ou no equipamento terminal do destinatário até o destinatário a recolher.”⁵¹¹ Nos termos do artigo 5º, 3, da Diretiva 2002/58/CE, está disposto de forma expressa que a armazenagem de

⁵⁰⁹ UNIÃO EUROPEIA, 2002.

⁵¹⁰ Ibid.

⁵¹¹ Ibid.

informações ou, ainda, o acesso à informação armazenada somente ocorrerá com permissão do assinante ou utilizador.

3. Os Estados-Membros velarão por que a utilização de redes de comunicações electrónicas para a armazenagem de informações ou para obter acesso à informação armazenada no equipamento terminal de um assinante ou utilizador só seja permitida na condição de serem fornecidas ao assinante ou ao utilizador em causa informações claras e completas, nomeadamente sobre os objectivos do processamento, em conformidade com a Directiva 95/46/CE, e de lhe ter sido dado, pelo controlador dos dados, o direito de recusar esse processamento.⁵¹²

Em 2006, a Directiva 2006/24/CE, deu relevo à “categoria de dados a conservar”⁵¹³, bem como estabeleceu obrigações aos fornecedores de serviços, no sentido de dar protecção e segurança aos dados, como se depreende do seu artigo 7º.

Sem prejuízo das disposições adoptadas nos termos da Directiva 95/46/CE e da Directiva 2002/58/CE, cada Estado-Membro deve assegurar que os fornecedores de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações respeitem, no mínimo, os seguintes princípios em matéria de segurança de dados no que se refere aos dados conservados em conformidade com a presente directiva: a) Os dados conservados devem ser da mesma qualidade e estar sujeitos à mesma protecção e segurança que os dados da rede; b) Os dados devem ser objecto de medidas técnicas e organizativas adequadas que os protejam da destruição acidental ou ilícita, da perda ou alteração acidental, ou do armazenamento, tratamento, acesso ou divulgação não autorizado ou ilícito; c) Os dados devem ser objecto de medidas técnicas e organizativas adequadas para garantir que apenas pessoas especialmente autorizadas tenham acesso aos dados; e d) Os dados devem ser destruídos no final do período de conservação, excepto os dados que tenham sido facultados e preservados.⁵¹⁴

Os dados não podem ser tratados indistintamente sem reconhecer suas categorias, já que, muitas vezes, tratam-se de dados sensíveis, ou seja, que dizem respeito à origem racial e étnica, convicções religiosas, filosóficas ou, ainda, que revelem o estado de saúde ou a vida sexual.⁵¹⁵ Em 2007, o Tratado de Lisboa alterou o artigo 16º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), para assim constar:

Em conformidade com o artigo 16.o-B do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e em derrogação do n.o 2 do mesmo artigo, o Conselho adopta uma decisão que estabeleça as normas relativas à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelos Estados-Membros no exercício de

⁵¹² UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2002/58/CE, 2006**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

⁵¹³ Ibid.

⁵¹⁴ Ibid.

⁵¹⁵ CERAOLO, Nicola. La tutela rispetto al trattamento dei dati personali. In: VACCÀ, Cesare. **Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica: telecomunicazioni, multimedialità, computer crimes, banche dati, privacy, copyright, telelavoro, telemedicina**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 215-267, p. 218.

actividades relativas à aplicação do presente capítulo, e à livre circulação desses dados. A observância dessas normas fica sujeita ao controlo de autoridades independentes.⁵¹⁶

Passados três anos, em 2010, é publicada uma Agenda Digital para a União Europeia, dentro da Estratégia Europa 2020, como uma proposta para a crise, através da “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões”.

A crise deitou por terra anos de progresso económico e social e pôs a descoberto as debilidades estruturais da economia europeia. O principal objectivo da Europa deve ser agora retomar a senda do progresso. Para assegurar um futuro sustentável, a Europa tem que apontar já o seu olhar para além do curto prazo. Confrontados com o envelhecimento da população e a concorrência mundial, colocam-se-nos três opções: trabalhar mais, trabalhar mais tempo ou trabalhar de um modo mais inteligente. Muito provavelmente teremos de optar pelas três, mas a terceira opção é a única que garante níveis de vida cada vez mais elevados para os europeus. Para isso, a Agenda Digital formula propostas de acções que devem ser postas em prática urgentemente para colocar a Europa na rota de um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Essas propostas prepararão o terreno para as transformações de mais longo prazo que advirão de uma economia e de uma sociedade cada vez mais «digitais».⁵¹⁷

A União Europeia se volta para a sociedade digital procurando, no mundo virtual, a solução para vencer a crise. Ocorre que, entre os pontos de maior resistência dos europeus, está a falta de confiança na tecnologia digital, por estar sob o risco da cibercriminalidade e da falta de protecção de dados.⁵¹⁸ A Agenda Digital apresenta a protecção dos dados e da privacidade, como forma de “criar confiança na tecnologia digital”.

Actualmente, nos termos do direito da União Europeia, os cidadãos gozam de uma série de direitos que são relevantes para o ambiente digital, tais como a liberdade de expressão e informação, a protecção dos dados pessoais e da privacidade, exigências de transparência, serviço telefónico universal, serviços de Internet funcionais e uma qualidade de serviço mínima. [...] O direito à privacidade e à protecção dos dados pessoais é, na UE, um direito fundamental que deve ser efectivamente respeitado – em linha também – por todos os meios possíveis, desde a aplicação generalizada do princípio de que a protecção da privacidade deve ser assegurada logo na fase de concepção («Privacy by Design»[21]) nas tecnologias TIC em causa, até à aplicação de sanções dissuasivas se necessário. O quadro regulamentar das comunicações electrónicas revisto da UE clarifica as responsabilidades dos operadores de redes e dos fornecedores de serviços, incluindo a sua obrigação de comunicarem as violações da segurança dos dados pessoais. A revisão recentemente lançada do

⁵¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Lisboa, 2007**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=PT>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁵¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, 2010**. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0245R\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0245R(01)&from=EN)>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁵¹⁸ Ibid.

quadro legislativo geral relativo à protecção dos dados prevê a possível extensão da obrigação de notificação das violações da segurança dos dados. A implementação da proibição do spam contará com a ajuda da rede Consumer Protection Cooperation (CPC).⁵¹⁹

Cumprido destacar, ainda, a recente Diretiva 2014/26/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 26 de fevereiro de 2014, que tratou sobre a gestão coletiva dos direitos de autor e direitos conexos e à concessão de licenças multiterritoriais de direitos sobre obras musicais para utilização em linha no mercado interno, fez expressa referência à Diretiva 95/46/CE, em seu artigo 42º, no sentido de preservar os direitos autorais, particularmente, em se tratando de meio eletrônico.

A fim de assegurar que os dados sobre o repertório de música que tratam são tão precisos quanto possível, as organizações de gestão coletiva que concedem licenças multiterritoriais relativas a obras musicais deverão ser obrigadas a atualizar as suas bases de dados continuamente e sem demora, conforme necessário. Estas organizações deverão estabelecer procedimentos facilmente acessíveis que permitam que os prestadores de serviços em linha, bem como os titulares de direitos e as outras organizações de gestão coletiva, os informem de qualquer imprecisão que as bases de dados das organizações possam conter relativamente às obras de que são proprietários ou que controlam, incluindo os direitos – a totalidade ou parte – e os territórios em relação aos quais tenham mandatado a respetiva organização de gestão coletiva para agir, sem, no entanto, pôr em causa a veracidade e a integridade dos dados na posse da organização de gestão coletiva. Uma vez que a Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (1) concede à pessoa em causa o direito de obter a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados inexatos ou incompletos, a presente diretiva deverá assegurar igualmente que as informações inexatas sobre titulares de direitos ou outras organizações de gestão coletiva, no caso das licenças multiterritoriais, são corrigidas sem demora injustificada. As organizações de gestão coletiva deverão também ter a capacidade de tratar eletronicamente o registo de obras e autorizações para a gestão dos direitos. Dada a importância da automatização das informações para o tratamento rápido e eficaz dos dados, as organizações de gestão coletiva deverão prever a utilização de meios eletrónicos para a comunicação estruturada dessas informações pelos titulares dos direitos. As organizações de gestão coletiva deverão, tanto quanto possível, assegurar que os meios eletrónicos têm em conta as normas setoriais voluntárias pertinentes ou as práticas desenvolvidas ao nível internacional ou ao nível da União.⁵²⁰

E, mais especificadamente em 27 de maio de 2014, foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia o Regulamento sob o número 536/2014, da União Europeia, tratando sobre ensaios clínicos de medicamentos para uso humano, reiterando a importância da Diretiva 95/46/CE, nos termos do artigo 56º.

1. Todas as informações relativas aos ensaios clínicos devem ser registadas, processadas, tratadas e conservadas pelo promotor ou pelo investigador, conforme o

⁵¹⁹ UNIÃO EUROPEIA, 2010.

⁵²⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 2014/26/UE.** Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/eu/eu193pt.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

caso, de forma a permitir a sua comunicação, interpretação e verificação rigorosas protegendo, ao mesmo tempo, a confidencialidade dos registos e dos dados pessoais referentes aos sujeitos dos ensaios, em conformidade com o direito aplicável em matéria de proteção de dados pessoais.⁵²¹

Dessa forma, nos termos do artigo 58º, foi criado um banco de dados, a fim de dar seriedade e proteção em seu tratamento.

Ademais, o Tribunal de Justiça da União Europeia, também em maio de 2014, reconheceu o “Direito ao Esquecimento”, dando luzes à temática da privacidade, com se passa a analisar.⁵²²

2.4.2.1 *Direito ao Esquecimento*

Dentro da temática analisada, acerca do corpo eletrônico, o direito ao esquecimento seria a verdadeira excisão de parte desta nova dimensão do ente. Eis o excerto do relatório do caso:

Em 5 de março de 2010, M. Costeja González, de nacionalidade espanhola e domiciliado em Espanha, apresentou na AEPD uma reclamação contra a La Vanguardia Ediciones SL, que publica um jornal de grande tiragem, designadamente na Catalunha (Espanha) (a seguir «La Vanguardia»), e contra a Google Spain e a Google Inc. Esta reclamação baseava-se no facto de que, quando um internauta inseria o nome de M. Costeja González no motor de busca do grupo Google (a seguir «Google Search»), obtinha ligações a duas páginas do jornal da La Vanguardia de, respetivamente, 19 de janeiro e 9 de março de 1998, nas quais figurava um anúncio de uma venda de imóveis em hasta pública decorrente de um arresto com vista à recuperação de dívidas à Segurança Social, que mencionava o nome de M. Costeja González. Com esta reclamação, M. Costeja González pedia, por um lado, que se ordenasse à La Vanguardia que suprimisse ou alterasse as referidas páginas, para que os seus dados pessoais deixassem de aparecer, ou que utilizasse determinadas ferramentas disponibilizadas pelos motores de busca para proteger esses dados. Por outro lado, pedia que se ordenasse à Google Spain ou à Google Inc. que suprimissem ou ocultassem os seus dados pessoais, para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa e de figurar nas ligações da La Vanguardia. Neste contexto, M. Costeja González alegava que o processo de arresto, de que fora objeto, tinha sido completamente resolvido há vários anos e que a referência ao mesmo carecia atualmente de pertinência.⁵²³

⁵²¹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014.** Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/reg_2014_536/reg_2014_536_pt.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁵²² UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Acórdão em processo C-131/12.** Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d585485bc5ed1a4a0698fdcbaf380e2b01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNb3z0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=262988, 2014>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁵²³ Ibid.

O Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que a busca pelo nome de uma pessoa junto ao provedor Google, através de seus resultados, permite traçar um “perfil mais ou menos detalhado”⁵²⁴, reconhecendo que “é suscetível de afetar significativamente os direitos fundamentais ao respeito pela vida privada e à proteção de dados pessoais”⁵²⁵, violando direitos de personalidade e comprometendo a identidade, já que é parte integrante do corpo eletrônico. Dessa forma, conferiu o direito ao esquecimento.⁵²⁶

E conclui o julgado:

Na medida em que a pessoa em causa pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público através da sua inclusão numa lista de resultados deste tipo, há que considerar, como resulta, designadamente, do n.º 81 do presente acórdão, que esses direitos prevalecem, em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em encontrar a referida informação durante uma pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão em virtude dessa inclusão.⁵²⁷

Nesse sentido, vê-se que os temas da proteção de dados e privacidade passam a figurar entre os primeiros da pauta, na União Europeia, no mínimo até 2020, diante da Estratégia Europa 2020. Dessa forma, esta temática ganha importância, no tema em comento, visto que o reconhecimento do direito ao esquecimento consagra a tutela e a proteção do “corpo eletrônico”, em razão da construção da identidade do ser humano, que se opera no mundo digital.

Ocorre que o conteúdo registrado no mundo digital não sofre os efeitos de agentes biológicos, químicos ou físicos; enfim, os dados não mofam, não amarelam, tampouco oxidam, nem estão sujeito às traças. Pelo contrário, as informações se prolongam no tempo, tendendo à eternidade. Como lecionam Sica e Zeno-Zencovich, “ancora una volta retorna il problema del controllo dei singoli sui propri dati personali, ma non è l’unico nervo scoperto. Basti pensare alla necessità di garantire agli utente il diritto all’oblio e di evitare una tracciabilità eterna.”⁵²⁸ Sendo assim, trata-se de “um nervo exposto” no mundo virtual, uma

⁵²⁴ UNIÃO EUROPEIA, Tribunal de Justiça, 2014.

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ Ibid.

⁵²⁷ Ibid.

⁵²⁸ SICA, Salvatore; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell’internet. **Il Diritto dell’Informazione e Dell’Informatica**, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 377-389, jul./out. 2010, p. 387.

situação sensível que permite colher e perseguir eternamente os dados que por este meio foram veiculados.

Giusella Finochiaro assim leciona:

Como il diritto all'identità personale, così il diritto all'oblio, che da quello è gemmato, è figlio della comunicazione. Il diritto all'identità personale è il diritto ad esercitare una forma di controllo sulla propria immagine sociale, che può giungere fino a pretendere che alcuni eventi siano dimenticati. Ma nato dalla cronaca, vive una nuova vita su Internet.⁵²⁹

Assim, afirma a autora que o direito ao “oblio”, ou seja, ao “esquecimento”, está vinculado ao próprio direito à identidade pessoal, na medida que decorre do próprio controle sobre a própria imagem social, já que há uma pretensão de que algumas situações sejam esquecidas. Prossegue a autora, tratando sobre a incomum prática de apagar os dados e a própria dificuldade de fazê-lo:

Ma nato dalla cronaca, vive una nuova vita su Internet. Infatti, la ripubblicazione non è più necessaria, dal momento che, per la sua stessa struttura, difficilmente la rete dimentica. Non è, infatti, diffusa la pratica di cancellare da siti Internet i dati, né tale operazione di cancellazione risulta facilmente effettuabile.⁵³⁰

Stefano Rodotà, por sua vez, destaca a importância do direito ao esquecimento.

Qui è la ragione di una discussione sul ‘diritto all’oblio’ che si diffonde in ogni luogo. Liberarsi dall’oppressione dei ricordi, da un passato che continua a ipotecare pesantemente il presente, diviene un traguardo di libertà. Il diritto all’oblio si presenta come diritto a governare la propria memoria, per restituire a ciascuno la possibilità di reinventarsi, di costruire personalità e identità affrancandosi dalla tirannia di gabbie nelle quali una memoria onnipresente e totale vuole rinchiudere tutti.⁵³¹

Trata-se, portanto, de controlar a memória, com o fim do sujeito não ser avassalado por lembranças que lhe oprimem, podendo se “reinventar”⁵³². Os novos rumos dados à vida, uma “vida boa”⁵³³ que se reconstruiu é razão suficiente para vedar a circulação de informações negativas.⁵³⁴

⁵²⁹ FINOCCHIARO, Giusella. La memoria della rete e il diritto all’oblio. **Il Diritto dell’Informazione e Dell’Informatica**, Roma, v. 26, n.4-5, p. 391-404, jul./out. 2010, p. 397.

⁵³⁰ FINOCCHIARO, Giusella. **Privacy e protezione dei dati personali**. Disciplina e strumenti operativi. Torino: Zanichelli, 2012, p. 19.

⁵³¹ RODOTÀ, 2012, p. 406.

⁵³² Ibid., p. 406.

⁵³³ Ibid., p. 406.

⁵³⁴ Ibid., p. 406.

2.4.3 Itália

Por muitos anos, o Parlamento italiano resistiu à elaboração de uma lei que tutelasse a privacidade.⁵³⁵ Com o Acordo de Schengen, no ano de 1985⁵³⁶, e com sua posterior Convenção, os italianos passaram a legislar sobre privacidade.⁵³⁷ A Lei n. 675 de 1996 revolucionou ao tratar sobre a proteção de dados pessoais, em território italiano, nos ensinamentos de Stefano Rodotà.

Questa situazione era stata capovolta dalla pacifica rivoluzione della privacy, che ha una precisa data: l'8 maggio 1997, giorno dell'entrata in vigore della legge n. 675 del 1996 sulla protezione dei dati personali. Da quel momento ognuno di noi è diventato 'padrone' delle proprie informazioni e deve esser messo in condizione di regolarne la circolazione.⁵³⁸

Referida lei apresentou sua finalidade, descrita em seu artigo 1, 'comma' 1.

La presente legge garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale; garantisce altresì i diritti delle persone giuridiche e di ogni altro ente o associazione.⁵³⁹

A lei definiu banco de dados, tratamento, dado pessoal, titular, responsável, comunicação, difusão, dado anônimo, bloco e, em especial, a “autoridade garante”.⁵⁴⁰ O

⁵³⁵ RODOTÀ, 2005, p. 31.

⁵³⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Acordo e Convenção de Schengen, 1990.** Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/schengen_agreement_pt.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

⁵³⁷ RODOTÀ, op. cit., p. 31.

⁵³⁸ Ibid., p. 46.

⁵³⁹ ITÁLIA. **Legge n. 675 de 1996.** Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

⁵⁴⁰ Ibid. Nos termos da lei: ‘2. Ai fini della presente legge si intende: a) per "banca di dati", qualsiasi complesso di dati personali, ripartito in una o più unità dislocate in uno o più siti, organizzato secondo una pluralità di criteri determinati tali da facilitarne il trattamento; b) per "trattamento", qualunque operazione o complesso di operazioni, svolti con o senza l'ausilio di mezzi elettronici o comunque automatizzati, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'elaborazione, la modificazione, la selezione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati; c) per "dato personale", qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale; d) per "titolare", la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono le decisioni in ordine alle finalità ed alle modalità del trattamento di dati personali, ivi compreso il profilo della sicurezza; e) per "responsabile", la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali; f) per "interessato", la persona fisica, la persona giuridica, l'ente o l'associazione cui si riferiscono i dati personali; g) per "comunicazione", il dare conoscenza dei dati personali a uno o più soggetti determinati diversi dall'interessato, in qualunque forma, anche mediante la loro messa a disposizione o consultazione; h) per "diffusione", il dare conoscenza dei dati personali a soggetti indeterminati, in qualunque forma, anche

garante é um órgão colegiado formado por quatro membros, que desempenham um mandato de sete anos, sem direito à reeleição.⁵⁴¹ Estas foram as tarefas do Garante, quando de sua criação:

- controllare che i trattamenti di dati personali siano conformi a leggi e regolamenti e, eventualmente, prescrivere ai titolari o ai responsabili dei trattamenti le misure da adottare per svolgere correttamente il trattamento;
- esaminare reclami e segnalazioni nonché decidere i ricorsi presentati ai sensi dell'articolo 145 del Codice in materia di protezione dei dati personali;
- vietare in tutto od in parte, ovvero disporre il blocco del trattamento di dati personali che per la loro natura, per le modalità o per gli effetti del loro trattamento possano rappresentare un rilevante pregiudizio per l'interessato;
- adottare i provvedimenti previsti dalla normativa in materia di dati personali, tra cui, in particolare, le autorizzazioni generali per il trattamento dei dati sensibili;
- promuovere la sottoscrizione dei codici di deontologia e di buona condotta in vari ambiti (credito al consumo, attività giornalistica, ecc.);
- segnalare, quando ritenuto opportuno, al Governo la necessità di adottare provvedimenti normativi specifici in ambito economico e sociale;
- partecipare alla discussione su iniziative normative con audizioni presso il Parlamento;
- formulare i pareri richiesti dal Presidente del Consiglio o da ciascun ministro in ordine a regolamenti ed atti amministrativi suscettibili di incidere sulle materie disciplinate dal Codice;
- predisporre una relazione annuale sull'attività svolta e sullo stato di attuazione della normativa sulla *privacy* da trasmettere al Parlamento e al Governo;
- partecipare alle attività comunitarie ed internazionali di settore, anche quale componente del Gruppo Articolo 29 e delle Autorità comuni di controllo previste da convenzioni internazionali (Europol, Schengen, Sistema informativo doganale);
- curare la tenuta del registro dei trattamenti formato sulla base delle notificazioni di cui all'articolo 37 del Codice in materia di protezione dei dati personali;
- curare l'informazione e la sensibilizzazione dei cittadini in materia di trattamento dei dati personali, nonché sulle misure di sicurezza dei dati;
- coinvolgere i cittadini e tutti i soggetti interessati con consultazioni pubbliche dei cui risultati si tiene conto per la predisposizione di provvedimenti a carattere generale.⁵⁴²

Ademais, em glossário, no sítio oficial da “autoridade garante”, do governo italiano, há relevante definição de *privacy* aplicada no ordenamento jurídico italiano.

È un termine inglese che evoca significati a volte mutevoli, accostabile ai concetti di “riservatezza”, “privatezza”. Nella realtà contemporanea, con il concetto di *privacy* non si intende soltanto il diritto di essere lasciati in pace o di proteggere la propria sfera privata, ma soprattutto il diritto di controllare l'uso e la circolazione dei propri dati personali che costituiscono il bene primario dell'attuale società dell'informazione. Il diritto alla *privacy* e, in particolare, alla protezione dei dati

mediante la loro messa a disposizione o consultazione; i) per "dato anonimo", il dato che in origine, o a seguito di trattamento, non può essere associato ad un interessato identificato o identificabile; l) per "blocco", la conservazione di dati personali con sospensione temporanea di ogni altra operazione del trattamento; m) per "Garante", l'autorità istituita ai sensi dell'articolo 30.

⁵⁴¹ ITÁLIA. **Il garante**. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/autorita/garante>>. Acesso em: 19 ago. 2014c.

⁵⁴² ITÁLIA. **Compiti del garante**. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1663787#Responsabile>>. Acesso em: 19 ago. 2014b.

personali costituisce un diritto fondamentale delle persone, direttamente collegato alla tutela della dignità umana, come sancito anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.⁵⁴³

Dessa forma, verifica-se que, na realidade contemporânea, a privacidade desborda o conceito de ser deixado só, em paz, mas estabelece o direito de controlar o uso e a circulação dos próprios dados pessoais na Sociedade da Informação. Entre os desdobramentos do direito de privacidade, inclusive, no contexto dos direitos de personalidade em geral, Alpa refere o direito do homem sobre sua imagem, também, no sentido de ser utilizada por terceiros; o direito à identidade, bem como, valores éticos, políticos, econômicos, sociais, sexual; o direito ao nome; o direito à identidade genética; o direito da pessoa doente, quando sua patologia denota um comportamento; o direito de privacidade, quando há conflito entre o direito de personalidade e o direito a divulgação na imprensa, televisão, rádio e em redes sociais.⁵⁴⁴ É neste sentido que estes novos contornos também devem ser tutelados no mundo virtual.

O avanço tecnológico, como efeito colateral, na área da privacidade, tornou a pessoa mais vulnerável, merecendo maior atenção ao direito de privacidade, conforme Guido Alpa.

The right to privacy also affects activities which, because of developments in technology, make the person more vulnerable, such as the creation of personal databases on computer, phone tapping, and the transmission of information and images via the internet.⁵⁴⁵

Hodiernamente, na Itália, a Lei n. 675/96 foi ab-rogada, vigendo o *Codice in materia di dati personali*, conforme o Decreto Legislativo n. 196, de 30 de junho de 2003, com inúmeras modificações ao longo dos anos.⁵⁴⁶ O referido Código busca tutelar as liberdades fundamentais, a dignidade da pessoa humana, sobretudo a *privacy* e a identidade pessoal.⁵⁴⁷ Sobre o advento do Código de 2003, Gaetano Rasi afirma que

il complesso delle informazioni telematiche e delle memorie elettroniche rischia di invadere la sfera privata dell'individuo turbandone la vita personale, familiare e sociale e di creare deformazioni sulla identità della persona umana. Per questo il nuovo codice della privacy costituisce un avanzamento della consapevolezza civile in un'era di accelerata e pervasiva evoluzione tecnologica.⁵⁴⁸

⁵⁴³ ITÁLIA, 2014b.

⁵⁴⁴ ALPA, Guido. The protection of privacy in italian law. Tradução de Anne Thompson. In: MARKESINIS, Basil S. (Org.). **Protecting privacy**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 105-130, p. 109.

⁵⁴⁵ Ibid., p. 109-110.

⁵⁴⁶ ITÁLIA. **Codice in materia di dati personali**. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1311248>>. Acesso em: 20 ago. 2014a.

⁵⁴⁷ Ibid.

⁵⁴⁸ Ibid.

O referido diploma legal estabelece a responsabilidade daqueles que fornecem o serviço de comunicação eletrônica, determinando a segurança de seus serviços, bem como determinando uma política de segurança, nos termos do seu artigo 32, comma-ter.

1-ter. Le misure di cui ai commi 1 e 1-bis garantiscono la protezione dei dati relativi al traffico ed all'ubicazione e degli altri dati personali archiviati o trasmessi dalla distruzione anche accidentale, da perdita o alterazione anche accidentale e da archiviazione, trattamento, accesso o divulgazione non autorizzati o illeciti, nonché assicurano l'attuazione di una politica di sicurezza.⁵⁴⁹

Além disso, Alpa refere que também o artigo 2.043 do Código Civil Italiano se aplica, por se tratar de matéria geral acerca de responsabilidade civil.

The facts fall within the ambit of civil liability, which requires the application of article 2043 of the Civil Code, the general provision on liability. The case is about 'unjust' (or, unlawful) damage, caused by the infringement of an absolute subjective right, the general right of personality.⁵⁵⁰

Nesse sentido é que a telemática impulsionou o surgimento de novas regras na Itália, voltando-se ao direito da pós-modernidade.⁵⁵¹

2.4.4 Portugal

O ordenamento jurídico português introduziu, nos termos do artigo 35º da Constituição da República Portuguesa, dispositivo específico sobre a “Utilização da Informática”.

Artigo 35.o. Utilização da Informática. 1. Todos os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua rectificação e actualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei. 2. A lei define o conceito de dados pessoais, bem como as condições aplicáveis ao seu tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização, e garante a sua protecção, designadamente através de entidade administrativa independente. 3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis. 4. É proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excepcionais previstos na lei. 5. É proibida a atribuição de um número nacional único aos cidadãos. 6. A todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos

⁵⁴⁹ ITÁLIA, 2014a.

⁵⁵⁰ ALPA, 1999, p. 112.

⁵⁵¹ ALPA, 2012, p. 14.

fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de protecção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional. 7. Os dados pessoais constantes de ficheiros manuais gozam de protecção idêntica à prevista nos números anteriores, nos termos da lei.⁵⁵²

Além disso, em seu artigo 34.º, dispôs sobre a inviolabilidade da correspondência, tema afeto, que merece ser observado, no que toca às comunicações eletrônicas.

Artigo 34.º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência) 1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. 2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei. 3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei. 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.⁵⁵³

Dessa forma, em nível constitucional, Portugal dispôs acerca da inviolabilidade das correspondências, dos dados e da vida privada e, de forma expressa, acerca da utilização da informática, proibindo a utilização de dados de forma indiscriminada, salvo nos casos de autorização expressa ou, excepcionalmente, quando previsto em lei. Segundo Heinrich Ewald Hörster, estes preceitos insculpidos na Constituição Portuguesa consubstanciam-se “expressão jurídica” da “protecção da pessoa humana”, incluindo a regulação da “utilização da informática”.

A ideia da protecção da pessoa humana, da sua personalidade e dignidade encontra expressão jurídica em vários preceitos constitucionais (p. e., o art. 1º fala da ‘dignidade da pessoa humana’ como fundamento da sociedade e do Estado; o art. 13º, nº 1, refere-se à igual ‘dignidade social’ dos cidadãos; o art. 24º, n.1. declara que ‘a vida humana é inviolável’; o art. 25º garante o ‘direito à integridade pessoal’; o art. 26º consagra ‘outros direitos pessoais’ que vão do direito à identidade pessoal até à reserva da intimidade da vida privada; o art. 34º assegura a ‘inviolabilidade do domicílio e da correspondência’ e o art. 35º regula a ‘utilização da informática’ em ordem a proteger os cidadãos contra os seus abusos).⁵⁵⁴

Na esfera infraconstitucional, Portugal promulgou a Lei nº. 67/98, que dispõe sobre a protecção de dados, no sentido de dar cumprimento à Directiva 95/46/CE. Cumpre salientar o artigo 5º da referida Lei, que assim dispõe:

⁵⁵² PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁵⁵³ Ibid..

⁵⁵⁴ HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 258.

Artigo 5.º. Qualidade dos dados¹- Os dados pessoais devem ser: a) Tratados de forma lícita e com respeito pelo princípio da boa fé; b) Recolhidos para finalidades determinadas, explícitas e legítimas, não podendo ser posteriormente tratados de forma incompatível com essas finalidades; c) Adequados, pertinentes e não excessivos relativamente às finalidades para que são recolhidos e posteriormente tratados; d) Exactos e, se necessário, actualizados, devendo ser tomadas as medidas adequadas para assegurar que sejam apagados ou rectificados os dados inexactos ou incompletos, tendo em conta as finalidades para que foram recolhidos ou para que são tratados posteriormente; e) Conservados de forma a permitir a identificação dos seus titulares apenas durante o período necessário para a prossecução das finalidades da recolha ou do tratamento posterior.⁵⁵⁵

Além disso, Portugal determina o sigilo profissional nesta matéria.

Artigo 17.º Sigilo profissional¹ - Os responsáveis do tratamento de dados pessoais, bem como as pessoas que, no exercício das suas funções, tenham conhecimento dos dados pessoais tratados, ficam obrigados a sigilo profissional, mesmo após o termo das suas funções. 2 - Igual obrigação recai sobre os membros da CNPD, mesmo após o termo do mandato. 3 - O disposto nos números anteriores não exclui o dever do fornecimento das informações obrigatórias, nos termos legais, excepto quando constem de ficheiros organizados para fins estatísticos. 4 - Os funcionários, agentes ou técnicos que exerçam funções de assessoria à CNPD ou aos seus vogais estão sujeitos à mesma obrigação de sigilo profissional.⁵⁵⁶

Nesse sentido, o ordenamento jurídico português, na linha do que preceituou o direito comunitário, legiferou acerca da matéria de proteção de dados e privacidade, alçando o seu tratamento para a Constituição da República Portuguesa, bem como no âmbito infraconstitucional.

2.5 DIREITO DE PRIVACIDADE NO BRASIL

No Brasil, a Constituição de 1824, em que pese sua raiz monárquica, foi motivada por influências liberais, inclusive, ideais democráticos, na lição de Cezar Saldanha Souza Júnior.

O liberalismo que vai penetrar na Constituição de 1824 é aquele da tradição de Locke, que se inspira no denominado constitucionalismo medieval. Vai combinar-se com a doutrina de Francisco Suárez (1546-1619), igualmente fundada no pensamento político da escolástica medieval, pensamento que vertebrou o movimento da restauração portuguesa de 1640. Esse jesuíta, por longos anos, ensinara em Coimbra que, se o poder vinha, em última instância, de Deus, vinha necessariamente por meio do povo. Essa posição democrática, avessa ao absolutismo, impregna, desde o Preâmbulo, o texto de 1824.⁵⁵⁷

⁵⁵⁵ PORTUGAL. **Lei 67/98**. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/lei_6798.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2014.

⁵⁵⁶ PORTUGAL, 1998.

⁵⁵⁷ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002b, p. 22-23.

Nesse sentido, nos termos do artigo 179, a Constituição de 1824 elencou as “Garantias dos Direitos Civis”.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundaçãõ; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. [...] XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracçãõ deste Artigo.⁵⁵⁸

Ao consagrar a casa como um “asylo inviolável”, bem como tratar do “Segredo das Cartas”, tem-se a gênese dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, hoje, presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, bem como os “Direitos de Personalidade”, havidos no Código Civil de 2002. Importante salientar que o período Imperial foi propício para o surgimento desta temática, em nível constitucional.

As instituições políticas consagradas em 1824 visavam atender, simultânea e harmonizadamente, aquelas duas decisões fundamentais: a construção de um Estado nacional e o estabelecimento de um Estado liberal segundo padrões europeus. Uma Constituição escrita e rígida, pelo menos na parte essencial, combinava a divisão dos poderes, as garantias de direitos individuais e os mecanismos do regime representativo (eleições populares, com as restrições universalmente admitidas, a uma Assembleia Geral nacional; a temporiedade dos mandatos, à Câmara dos Deputados, a responsabilidade dos Ministros de Estado, etc...) com o unitarismo político, (temperado embora com autonomia em nível municipal e com descentralização administrativa em nível provincial).⁵⁵⁹

Em 1889, adentra-se no período republicano. João Camillo de Oliveira Torres, de forma categórica, arrolou os motivos fundantes da transição entre o período monárquico e o republicano.

A república foi proclamada no Brasil exclusivamente por ser considerada a melhor forma de governo ‘em si’ e por ser a mais comum na América. Foi uma revolução deduzida logicamente de um silogismo: sendo o governante escolhido pelo povo e sendo este o principal interessado na escolha, necessariamente não poderia deixar de fazer a melhor escolha.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ BRASIL. **Constituição de 1824.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

⁵⁵⁹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e constitucionalismo no Brasil.** Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a, p. 27.

⁵⁶⁰ TORRES, João Camillo de Oliveira. **A libertação do liberalismo.** Rio de Janeiro: Livraria-Editôra da Casa do Estudante do Brasil, 1949, p. 121.

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, este rol de direitos passou a ser uma “Declaração de Direitos”, além do reconhecimento, em nível constitucional, dos direitos autorais, estensivos aos herdeiros, por ocasião da morte.

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes [...] § 11. A casa é o asylo ínvioavel do individuo; ninguem póde ahi penetrar, de noite, sem consentimento do morador, sinão para acudir a victimas de crimes, ou desastres, nem de dia, sinão nos casos e pela fórma prescriptos na lei. [...] § 18. E' inviolavel o sigillo da correspondencia. [...] § 26. Aos autores de obras litterarias e artisticas é garantido o direito exclusivo de reproduzil-as pela imprensa ou por qualquer outro processo mecanico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.⁵⁶¹

Segundo Orlando Gomes,

a Constituição de 1891, em cuja vigência foi elaborado, estava impregnada do espírito de 89. A coluna vertebral dêsse documento político implantava-se na concepção de que o homem é dotado de direitos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que constituem a medida e fim da organização jurídica da vida social. Sôbre esses direitos solenemente assegurados, erigiu-se o Código Civil.⁵⁶²

Com o advento do Código Civil de 1916, não houve qualquer referência à intimidade, vida privada, tampouco capítulo dedicado aos Direitos de Personalidade.⁵⁶³ Verifica-se que há uma forte tendência patrimonialista, tratando o ser humano apenas como indivíduo.

Essa filosofia egocêntrica presidiu, realmente, a elaboração do Código Civil pátrio. Suas disposições se formularam com o objetivo de favorecer e assegurar o exercício dos direitos naturais do homem. A orientação individualista do Código Civil afirma-se, de modo mais incisivo, na ordenação do direito de propriedade, que também considerou inviolável o sagrado, tal como o fizera com a Declaração dos Direitos, para assegurar a livre disposição dos bens-, que era a pedra angular do novo regime econômico.⁵⁶⁴

Importa destacar que Jorge Mosset Iturraspe demonstra de forma clara a diferença entre a pessoa e o indivíduo, na linha do aplicado ao Código Civil de 1916.

El individualismo utilitarista aparece, entonces, como opción manifiesta; ‘el Derecho mira a los hombres como seres individuales, aislados’ (De Diego) y,

⁵⁶¹ BRASIL. **Constituição de 1891**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

⁵⁶² GOMES, Orlando. **Direito privado**: novos aspectos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1961, p. 120.

⁵⁶³ BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

⁵⁶⁴ GOMES, op. cit., p. 120-121.

además, ‘reconoce como ámbito propio el ámbito del egoísmo’ (Brinz). Y si a ello se suma que se confunde el Derecho con el mercado (Pashukanis, entre muchos otros) y se considera que lo propio de sus normas es ser repartidoras del poder económico, admitiendo lo que ‘se muestra como dado’, natural o propio de las ‘reglas del mercado’, el cuadro queda más o menos completo. Se desconocen, de este modo, los ‘dos principios que actúan en el Derecho: el de personalidad y el de comunidad. [...] Contempla en consecuencia, al ‘hombre aislado’ teniendo básicamente en cuenta su ‘interés individual’, al hombre en abstracto, al ‘individuo’ y no a la ‘persona humana’ concreta y particularizada, al margen de la vida en sociedad, comunitaria y, al menos en principio, desinteresado de ‘bienestar general’⁵⁶⁵

Na Constituição de 1934 nasce, em nível constitucional, a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mantendo a inviolabilidade do sigilo de correspondência, a casa como asilo inviolável, bem como às obras literárias, artística e científicas.⁵⁶⁶ Trata-se de Carta que se compromissa com três correntes de pensamento: os liberais de 1891; os defensores das ideias sociais, como a Constituição de Weimar, de 1919, vinculada ao constitucionalismo social; e uma corrente com viés corporativa e autoritário que se volta à representação profissional de classes econômicas.⁵⁶⁷

Na Constituição de 1937, do Estado Novo, dada sua característica autoritária, os direitos se reduzem à “inviolabilidade do domicílio e da correspondência, salvas as exceções expressas em lei”. Não há mais no texto que a “casa é o asilo inviolável”, demonstrando real retrocesso na área da intimidade e vida privada.⁵⁶⁸ Uma curiosidade é que a referida Carta não fazia também menção ao termo “democracia”.⁵⁶⁹

A Constituição de 1946 volta a tratar a casa como asilo inviolável⁵⁷⁰, utilizando-se da própria Constituição de 1934 como projeto para a retomada de direitos constitucionalmente garantidos.⁵⁷¹ Em 1955, Pontes de Miranda publica o volume 7 do Tratado de Direito Privado, abordando a temática dos “Direitos de Personalidade”,⁵⁷² advertindo que, em pleno século XX, “juristas de prol resistiram a tratar a integridade psíquica, a honra e, até a liberdade de

⁵⁶⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Como contratar en una economía de mercado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1996, p. 30-31; p. 41.

⁵⁶⁶ BRASIL. **Constituição de 1934**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

⁵⁶⁷ SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 47.

⁵⁶⁸ BRASIL. **Constituição de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

⁵⁶⁹ SOUZA JÚNIOR, op. cit., p. 53.

⁵⁷⁰ BRASIL. **Constituição de 1946**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

⁵⁷¹ SOUZA JÚNIOR, 2002b, p. 58.

⁵⁷² PONTES DE MIRANDA, 1955, v. 7.

pensamento como direitos.”⁵⁷³ Dessa forma, conceituou direitos de personalidade afirmando que

direitos de personalidade são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas. O primeiro deles é o da personalidade em si-mesma, que bem se analisa no ser humano, ao nascer, antes do registo do nascimento de que lhe vem o nome, que é direito de personalidade após o direito de ter nome, já êsse, a seu turno, posterior, logicamente, ao direito de personalidade como tal.⁵⁷⁴

Entre as contribuições realizadas afetos ao tema em estudo, Pontes de Miranda reconheceu os direitos à identidade pessoal.

Os direitos à identidade pessoal (nome, fichas dactiloscópicas, retratos e outros meios de comunicação, inclusive testemunhais) são direitos que têm por objeto a aquisição de meios identificativos. Da aquisição desses meios é que surgem os direitos ao nome, o direito a que não se destrua o registo da sua identidade (ligação do nome às fichas tomadas) e o direito a ser respeitada a sentença em que se julgou provada a sua identidade por testemunhas, ou por outros meios de prova.⁵⁷⁵

Portanto, trata do que, hodiernamente, evoluiu para o mundo virtual, para os bancos de dados, as imagens, o próprio correio eletrônico. Além disso, de forma peremptória afirmou Pontes de Miranda que

com a morte, cessam os direitos de personalidade. Morto não tem direitos, nem deveres. Pensou-se em construir como direito à honra após a morte a tutela penal e civil contra a calúnia aos mortos (R. Schulz-Schäeffler, *Das subjektive Recht in Gebiet der unerlaubten Handlungen*, 242s): a personalidade projetar-se-ia além da vida.⁵⁷⁶

Tema relevante, trazendo uma afirmação definitiva, na sua compreensão, acerca do termo *ad quem* dos direitos de personalidade. Passados doze anos, a Constituição de 1967 trouxe a novidade de que o sigilo de correspondência se estendia também às comunicações telegráficas e telefônicas.⁵⁷⁷ O que foi mantido na Emenda Constitucional de 1969.

Por sua vez, a Constituição de 1988 arrolou uma série de “Direitos e Garantias Fundamentais”, conforme dispôs:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade

⁵⁷³ Ibid., p. 5.

⁵⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, 1955, v. 7, p. 13.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 9-10.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 48.

⁵⁷⁷ BRASIL. **Constituição de 1967**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; [...] LXXII - conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Como se vê, entre as garantias estão: a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Foi mantida a casa como asilo inviolável, inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, assegurado a todos o acesso à informação, 'habeas data' para assegurar conhecimento de informações constante a registros de bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e o direito à retificação.

Por mais uma vez, não há registro da palavra "privacidade", no entanto, têm-se ao longo do texto expressões como "vida privada" e "intimidade". José Afonso da Silva explica esta questão terminológica:

O dispositivo põe, desde logo, uma questão, a de que a intimidade foi considerada um direito diverso dos direitos à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, quando a doutrina os reputava, com outros, manifestação daquela. De fato, a terminologia não é precisa. Por isso, preferimos usar a expressão direito à privacidade, num sentido genérico e amplo, de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional em exame consagrou. Toma-se, pois, a privacidade como 'o conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob o seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito.' A esfera da inviolabilidade, assim é ampla, 'abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas, em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos e segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo'.⁵⁷⁸

Nesse sentido, no Brasil, verifica-se que a privacidade abarca manifestações da esfera íntima, bem como das relações familiares e afetivas mas, sobretudo, informações que podem ser mantidas sob o controle exclusivo da pessoa, que decidirá se irá ou não franquear a terceiros.

⁵⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 205-206.

É importante salientar que, por ocasião do estudo da parte geral do anteprojeto do Código Civil de 2002, Moreira Alves já dispunha acerca dos direitos de personalidade, salientando ser insuficiente a mera proteção à imagem, estendendo-se à vida íntima e a vida privada.

O anteprojeto adotou, apenas, o que nos parece insuficiente, a proteção ao direito à imagem, como direito de personalidade. Atualmente, a proteção é bem maior, e atende à esfera íntima e à esfera privada de uma pessoa, ao *right to privacy*. Igualmente à imagem, protegem-se os escritos, as cartas e a palavra de uma pessoa. A única alteração foi a inclusão, no final desse capítulo, do art. 21, relativo à inviolabilidade da vida privada da pessoa física.⁵⁷⁹

Como se vê, do texto acima, identificam-se termos como “vida íntima” e “vida privada”, própria da teoria das esferas da privacidade, como se verá adiante. Posteriormente, em 2002, o Código Civil Brasileiro, apresentou capítulo específico acerca dos direitos de personalidade, consagrando a vida privada, de forma expressa.

Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Ou seja, estão presentes as expressões “direitos de personalidade”, “ameaça ou a lesão”, estendendo-se ao morto, bem como a “vida privada”. Há que se referir que, em pesquisa junto ao sítio do Portal da Legislação do Governo Federal⁵⁸⁰, aparecerem cinco apontamentos pela busca da palavra “privacidade”, sendo que foi apenas referida de forma literal no Decreto 1.906, de 1996, expedido por Fernando Henrique Cardoso, instituindo

⁵⁷⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto do código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 36; 131.

⁵⁸⁰ BRASIL. **Portal da legislação do governo federal**. Disponível em: <<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=/legisla/legislacao.nsf%2FFrmConsultaWeb1%3FOpenForm%26AutoFramed>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

Grupo de Trabalho Interministerial de Política Nacional de Segurança e Privacidade das Comunicações para o País.

Dessa forma, em nível federal, a palavra “privacidade”, em Lei, apareceu pela primeira vez no Marco Civil da Internet, no artigo 3º, da Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei;

Nesse sentido é que, delineado o conceito de pessoa ao longo da história, principalmente os novos limites e extensões dados à personalidade pela Sociedade da Informação, com a construção de uma “personalidade telemática”, revelada no mundo virtual, com observância do Direito Privacidade, é que se buscará estudar o Direito Sucessório *Post Moderno*, na busca de alternativas às questões de acesso aos dados havidos em *Cloud Computing*, no Direito Brasileiro.

3 DA SUCESSÃO PRÉ-HISTÓRICA À SUCESSÃO TELEMÁTICA NA *CLOUD COMPUTING*

“Quando um homem desaparece de cena do mundo, qual é a sorte dos direitos que se amarram à sua pessoa?”⁵⁸¹ Esta é a grande questão que se impõe e reverbera pelos séculos. Sua resposta não é simples, pois decorre de uma construção complexa, a partir das condições sociais, religiosas, políticas, econômicas, na medida que refere-se ao próprio conceito de propriedade.⁵⁸² Philippe Ariès recapitulou a forma ambivalente como, ao longo do tempo, as pessoas trataram esta temática, desde sua familiaridade, de forma indiferente, ou mesmo, através do medo silencioso.

Dans un monde soumis au changement, l'attitude traditionnelle devant la mort apparaît comme une masse d'inertie et de continuité. L'attitude ancienne où la mort est à la fois familière, proche et atténuée, indifférente, s'oppose trop à la nôtre où la mort fait peur au point que nous n'osons plus dire son nom.⁵⁸³

Dessa forma, hodiernamente, em um mundo em que a tecnologia e a morte devem estabelecer novos desafios, também novos caminhos devem ser abertos e rumos, até então apagados, reconstruídos. Itabaiiana de Oliveira, nas primeiras décadas do século XX, já advertia acerca da importância de interpretar o direito como fenômeno social.

[...] conclue que o direito successorio, tal como se manifesta hoje á mente dos sociólogos e juristas, que procuram interpretar o direito como fenômeno social, é o resultado da combinação de tres factores ou elementos subjectivos do direito de propriedade, aparentemente divergentes: a) o elemento individual – que predomina na constituição da propriedade e, por isso, faz com que deva ser individual a sua administração; b) elemento familiar – que coopera com o chefe e com os elementos da familia para a criação ou augmento do valor, em que a propriedade se concretiza; c) o elemento social – que constitue, também, como organismo juridico e coordenador de todos os órgãos da convivencia humana (individuos, familias, associações e pessoas Moraes), um factor ou coeficiente da propriedade, pelas garantias que, realmente, lhe assegura.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ FADDA, Carlo. **Concetti fondamentali del diritto ereditario romano**. Napoli: Luigi Pierro, 1889, p. 1-2. Nas palavras do autor: “Quando l'uomo scompare dalla scena del mondo, qual'è la sorte de' diritti che si riannodano alla sua persona?”

⁵⁸² Ibid., p. 1-2. Nas palavras do autor: “Quando l'uomo scompare dalla scena del mondo, qual'è la sorte de' diritti che si riannodano alla sua persona?”

⁵⁸³ ARIÈS, Philippe. **Essais sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Age à nos jours**. Paris: Éditions du Seuil, 1975, p. 24.

⁵⁸⁴ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Elementos de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1929, p. 25.

Naquela época, o citado autor, que estava diante de uma codificação patrimonialista, já reconhecia a inarredável vocação do Direito em dar soluções ao fenômeno social. A Ciência Jurídica voltada a teorias inexecutáveis, distantes da pessoa humana, torna-se improfícua, socialmente imprestável, sendo *munus* do versado em Direito dedicar-se às áreas que alimentam o fenômeno jurídico, tais como: a Sociologia, a História e a Filosofia.

É nesse sentido que se passará a desenvolver um estudo histórico, sem a pretensão de esgotar a matéria mas, em verdade, buscar-se-á destacar os fatos históricos marcantes em cada uma das fases, no que toca ao direito das sucessões. Desta forma, o revisitar histórico que passa a ser feito busca realizar uma atenta observação, com a finalidade de levantar soluções para a pós-modernidade que, atualmente, vê-se diante de inúmeros fenômenos sociais de difíceis alternativas.

Na Sucessão Telemática, a existência virtual, por exemplo, sem a devida regulação, deixa cadáveres eletrônicos pela rede mundial de computadores, que precisam de sua devida destinação, um enterro e um final digno. Como tratar este corpo eletrônico: Dar amplo acesso e controle dos dados aos herdeiros, sem a imposição de qualquer limite? Reconhecer direito de personalidade póstumo, através de núcleos invioláveis de dados, impenetráveis, mesmo contra os próprios herdeiros, a salvo da curiosidade, da especulação e do próprio direito que dados caiam no esquecimento?

Dessa forma, a pergunta feita por Fadda é refeita por Carlo Arnò, em 1938, em um contínuo reverberar: “Il problema, su cui si impernia tutto il diritto ereditario, è stato così posto in modo semplice, ma esatto: ‘quando una persona muore, che avviene dei suoi rapporti giuridici?’”⁵⁸⁵ Esta é a inquietude dos estudiosos da sucessão.

3.1 SUCESSÃO NA PRÉ-HISTÓRIA

Nos tempos pré-históricos, não existiam direitos sucessórios. Os bens permaneciam em comunidade. Não havia propriedade individual; a família, o grupo em si, era o próprio “sujeito de direitos”⁵⁸⁶. O grupo não morria, podendo-se qualificar como imortal.⁵⁸⁷ Assim, quando da morte física de um de seus membros, seus bens pessoais eram enterrados, para atender às exigências da nova existência que acabara de chegar, transmitindo à família o uso da gruta ocupada, bem como o resultado da caça e da pesca dos últimos dias. Com o passar do

⁵⁸⁵ ARNÒ, Carlo. **Corso di diritto romano: diritto ereditario**. Torino: Giappichelli, 1938, p. 3.

⁵⁸⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 24.

⁵⁸⁷ SEGRÉ, Angelo. **Ricerche di diritto ereditario romano**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1930, p. 5.

tempo, entre os instrumentos que não eram enterrados, também operava-se a transmissão a indivíduos do grupo, sendo possível cogitar em sucessão.⁵⁸⁸ Infere-se que, desde os momentos mais primitivos da humanidade, o fenômeno sucessório envolvia aspectos de ordem material (patrimonial), já que artefatos de caça eram destinados a membros do próprio grupo, bem como a visão extrapatrimonial ou metamaterial, decorrente da preocupação com esta nova existência, preparando o falecido para o porvir.

Com o desenvolvimento dos grupos, formou-se um núcleo familiar que se compôs sob a forma de matriarcado, com o estabelecimento de linhas de parentesco entre mãe, irmãs e avó materna.⁵⁸⁹ Almachio Diniz afirmou que, nestas sociedades, denominadas de matrilineares, no intitulado período gineocrático, era possível identificar direitos sucessórios, inclusive, dando distinto tratamento aos bens móveis e imóveis.

A sucessão começou de especializar-se nas épocas em que se formaram as primeiras famílias maternas. A sua primeira forma foi a uterina, os filhos, no período gynecocrático, herdando de suas genitoras apenas. Os objectos moveis, si não eram sepultados com o defunto a quem pertenceram passavam em linha feminina. Os immoveis, como os campos de caça e as cavernas em que habitavam, como se possuissem em commum, não eram susceptíveis de transmissão por herança. Mesmo as terras agricolas eram communs á tribu, que representava uma especie de grande familia.⁵⁹⁰

É possível reconhecer a existência de bens móveis, inclusive, de uso pessoal, bem como imóveis, que eram os “campos de caça” e as “cavernas”. Estes eram intransmissíveis por herança, já que eram bens de posse comum da tribo. Os membros eram “titulares de um direito comum”.⁵⁹¹ Posteriormente, em razão da força do homem, surgiu o patriarcado⁵⁹², que seguiu pela Antiguidade Clássica, também, com a transmissão das funções religiosas atinente ao culto.⁵⁹³

⁵⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, v. 55, p. 7.

⁵⁸⁹ MAXIMILIANO, 1942, v. 1, p. 25.

⁵⁹⁰ DINIZ, Almachio. **Direito das sucessões segundo o Código Civil de 1916**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p. 44.

⁵⁹¹ PONTES DE MIRANDA, 1972, v. 55, p. 7.

⁵⁹² AUBÉRY, Gaëtan. **La communauté de biens conjugale**. Paris: LGDJ, 1911, p. 20.

⁵⁹³ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **Cité antique**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ga000425.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2014, p. 63.

3.2 SUCESSÃO NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA

3.2.1 Direito Grego Clássico

Hannah Arendt acentou a preocupação da imortalidade para os gregos.

A preocupação dos gregos com a imortalidade resultou de sua experiência de uma natureza imortal e de deuses imortais que, juntos, circundavam as vidas individuais de homens mortais. Inserida num cosmo onde tudo era imortal, a mortalidade tornou-se o emblema da existência humana.⁵⁹⁴

Os gregos não viam a morte como fim do ser. Interpretavam-na como uma segunda existência; pura e simplesmente uma mudança de vida. Compreendiam que mortos e vivos seguiam muito próximos⁵⁹⁵ que, na sepultura, seguiam juntos corpo e alma, sendo que o morto “vivia” uma existência póstuma, necessitando, inclusive, de objetos pessoais utilizados em vida. Se o falecido tinha escravos, estes eram mortos para acompanhá-lo. Se era proprietário de cavalos, estes abatidos. Tudo com a finalidade de servir ao falecido em sua “vida” após a morte. A sepultura era morada do falecido, decorrida da necessidade de abrigar a alma e o corpo, evitando que se tornassem errantes.⁵⁹⁶ Fustel de Coulanges salientou que, já na antiguidade clássica, entre os gregos, estavam presentes institutos basilares de direito privado.

Si, en remontant aux premiers âges de cette race, c' est-à-dire au temps où elle fonda ses institutions, on observe l' idée qu' elle se faisait de l' être humain, de la vie, de la mort, de la seconde existence, du principe divin, on aperçoit un rapport intime entre ces opinions et les règles antiques du droit privé, entre les rites qui dérivèrent de ces croyances et les institutions politiques. a comparaison des croyances et des lois montre qu' une religion primitive a constitué la famille grecque et romaine, a établi le mariage et l' autorité paternelle, a fixé les rangs de la parenté, a consacré le droit de propriété et le droit d' héritage.⁵⁹⁷

As ideias de vida e morte, do divino, de crenças e de instituições políticas são relatadas por Fustel de Coulanges, acompanhadas de institutos jurídicos como o casamento, a autoridade do *pater*, os direitos de propriedade e sucessórios. E, por que não afirmar, a obrigatoriedade dos “deveres” sucessórios⁵⁹⁸ pelos herdeiros, já que a ausência de banquetes

⁵⁹⁴ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27.

⁵⁹⁵ ARIÈS, 1975, p. 25. É o que ensinou Ariès Philippe: “Nous allons maintenant aborder un autre aspect de l' ancienne familiarité avec la mort: la coexistence des vivantes et des morts.”

⁵⁹⁶ COULANGES, 2014, p. 7-11.

⁵⁹⁷ Ibid., p. 15-16.

⁵⁹⁸ Ibid., p. 15-16.

aos mortos teria como consequência que saíssem dos túmulos? ⁵⁹⁹ A sucessão, portanto, não envolvia tão-somente questões meramente patrimoniais, mas cultuava-se o morto, a sua imagem, devendo observar o fogo sagrado dia e noite, sendo desafortunado aquele lar que o deixasse apagar. ⁶⁰⁰

Quanto ao sistema sucessório grego clássico, em um primeiro momento, fundava-se somente na sucessão legítima ⁶⁰¹, sendo desconhecida a sucessão testamentária ⁶⁰². Fernández Domingo lecionou:

El llamamiento se efectuaba, en primer lugar, a favor de los hijos varones legítimos, sin que se hiciera ninguna diferenciación por razón de primogenitura; en segundo lugar, el llamamiento se hacía para los legitimados y los adoptivos. En cuanto a los hijos naturales, señala Sánchez Román, éstos quedaban excluidos de la sucesión, aun sin concurrir con cualquiera de los llamados; y esto porque, al suceder en los bienes, tenían que suceder en las sacra privata y en la familia. La ley, no ostante, sí establecía para ellos una reserva en el caudal hereditario, que se cifraba en mil dracmas en razón de alimentos. ⁶⁰³

Tratava de um sistema hereditário patriarcal, que diferenciava direitos sucessórios havidos em filiações: legítima; legitimada; e adotiva, alcançando garantias mínimas aos filhos naturais, estes excluídos da sucessão. Posteriormente, a sucessão testamentária foi aplicada em Atenas, com as reformas de Sólon, e em Esparta, após a guerra do Peloponeso. ⁶⁰⁴

3.2.2 Direito Romano

Tratar de Direito Romano é versar sobre um dos elementos edificadores da civilização moderna, assim como o Cristianismo, a literatura e as artes grega e romana. ⁶⁰⁵ Rudolf Von Ihering, em estudo desenvolvido sobre as diversas fases do Direito Romano, afirmou que

L'importance du droit romain pour le monde ne consiste point à avoir été un moment la source du droit, - cette importance ne fu que passagère; - son autorité réside dans la profonde révolution interne, dans la transformation complète qu'il a fait subir à notre pensée juridique toute entière. ⁶⁰⁶

⁵⁹⁹ Ibid., p. 19.

⁶⁰⁰ COULANGES, 2014, p. 21.

⁶⁰¹ FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesus Ignacio. **Ser heredero: una defensa del criterio subjetivo**. Madrid: Dykinson, 2010, p. 33.

⁶⁰² ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1929, p. 183.

⁶⁰³ FERNÁNDEZ DOMINGO, op. cit., p. 33

⁶⁰⁴ ITABAIANA DE OLIVEIRA, op. cit., p. 183.

⁶⁰⁵ JHERING, Rudolf Von. **l'esprit du droit romain dans le diverses phases de son développement**. Tradução de O. de Meulenaere. Paris: A. Marescq, Ainé, 1877, v. 1, p. 14.

⁶⁰⁶ JHERING, 1877, v. 1, p. 3. Nota: Refere Jhering acerca do Direito Romano como fonte do Direito, que não foi passageira, mas contribuiu, profundamente, influenciando o pensamento jurídico, na sua integralidade.

É nesse sentido que a sua importância se revela como fonte do Direito.

3.2.2.1 Princípio da continuação da pessoa do defunto pelo sucessor

Vittorio Scialoja conceitua a sucessão hereditária romana como universal, exercida pelo *pater familia*, em que o sucessor subentrava em todas as relações ativas e passivas do patrimônio do defunto, em razão do objeto da transmissão ser a própria soberania familiar, que, por sua natureza, era indivisível e complexa.⁶⁰⁷ A família, grupo similar ao Estado, tinha o *pater familia* como chefe que, com sua morte, não poderia dissolver-se em famílias separadas.⁶⁰⁸ O novo *pater familia* passava a exercer as funções administrativas e sacerdotais, devendo manter o culto doméstico, administrando os bens coletivos, prosseguindo na sua gestão, ou seja, *morte parentis continuator dominium*.⁶⁰⁹ Era o princípio da continuação da pessoa do defunto pelo sucessor, importante para a manutenção dos *sacra*.⁶¹⁰

Os romanos, dessa forma, usavam expressões como *successio* e as fórmulas *successio in ius*, *in locum*, *in locum et in ius* para designar as sucessões universais. Nas Pandectas, tornou-se célebre fórmula *successio in universum ius* ou *in universitatem in omne ius*, bem como a definição de Juliano, repetida por Gaio: *Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*.⁶¹¹ Por isso, a impossibilidade de dispor pelo testamento, em parte, uma vez que o herdeiro representava o autor da herança.⁶¹² No entanto, para Scialoja, afirmar que a pessoa do defunto se transfere à pessoa do herdeiro é figura de mera retórica, não se tratando de transmissão da personalidade jurídica, tampouco de sujeito de direito, tendo o herdeiro adquirido, em seu nome, a qualidade de sujeito das mesmas relações jurídicas.

Dire che la persona del defunto trapassa nell'erede è una figura retorica che può anche giovare in pratica, ma non può dare del concetto una spiegazione scientifica. Evidentemente per persona non si può intendere la persona fisica, ne come taluni vorrebbero la personalità giuridica, cioè la capacità d'essere subbietto di diritto, perchè essa è così inerente all'individuo da cessare con esso, tanto è vero che l'erede acquista a nome suo in forza della personalità. S'intenderà adunque per persona il

⁶⁰⁷ SCIALOJA, Vittorio. **Diritto romano: diritto successorio**. Roma: Università degli Studi in Roma, 1898, p. 21.

⁶⁰⁸ BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1987, p. 440.

⁶⁰⁹ ITABAIANA DE OLIVEIRA, 1929, p. 93-94.

⁶¹⁰ MAZEAUD, Henri et al. **Leçons de droit civil: successions – libéralités**. Paris: Motchrestien, 1999, p. 459.

⁶¹¹ BONFANTE, op. cit., p. 443-444.

⁶¹² NONATO, Orisombo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 1957, v. 1, p. 73.

soggetto dei rapporti giuridici rimasti vacanti dopo la morte e la successione sarà costituita del trapasso di questa qualità del soggetto dei rapporti medesimi.⁶¹³

Carlo Fadda, por sua vez, relata as diferentes visões acerca desta continuidade da pessoa do morto.

Un'idea, che fino a questi ultimi tempi ha avuto largo seguito, e l'ha tuttora fra romanisti e civilisti, è quella che sotto varie formole, sotto diversi aspetti riferisce la successione alla personalità del defunto. Il Lassalle e il Gabba considerando l'erede nell'antico diritto romano come il continuatore, il perpetuatore della volontà subbiettiva del defunto. Altri parlano di continuazione della personalità e di trapasso di questa nell'erede, di identità della persona del defunto con quella dell'erede, di rappresentanza della persona di questo per parte di quello.⁶¹⁴

Múltiplas, portanto, são as interpretações acerca da continuação do sucessor à pessoa do morto: perpetuador da vontade subjetiva do morto; continuador de sua personalidade; identidade do defunto com seu herdeiro; representação de um por parte do outro. Inclusive, a transmissão de personalidade patrimonial ou econômica.⁶¹⁵ Giovanni Bortolucci, por sua vez, criticou este posicionamento, referindo que o herdeiro não age em nome do defunto, mas é titular de um “direito em nome próprio”.

Simili dottrine hanno incontrato, dal punto di vista giuridico critiche vivissime. In verità l'erede non deriva la sua personalità – ch'è capacità – dal defunto; la sua personalità è piena e ben autonoma, non è annullata e duplicata, come efficacemente nota il Bonfante, per il fatto che succede; e, quanto alla rappresentanza, se questa è agire in nome altrui, l'erede esercita il suo diritto in nome proprio, in quanto, perchè erede, diventa titolare dell'eredità; non agisce in nome del defunto ma per un diritto ch'è suo. Di più, la rappresentanza postula la coesistenza del rappresentante e del rappresentato.⁶¹⁶

A compreensão deste dissenso doutrinal é fundamental para se extrair consequências decisivas nos limites que devem ser impostos aos herdeiros, em matéria de transmissão de direitos ligados à personalidade do morto, inclusive, em matéria de acesso a dados, na Sociedade da Informação.

⁶¹³ SCIALOJA, 1898, p. 40-41.

⁶¹⁴ FADDA, 1889, p. 34-35.

⁶¹⁵ Ibid., p. 5.

⁶¹⁶ BORTOLUCCI, Giovanni. **Corso di diritto romano**. Bologna: G. U. F., 1932, p. 53-54.

3.2.2.2 Sucessor

O estabelecimento do sucessor ocorria de duas formas: pela vontade do defunto ou pela lei, ou seja, sucessão testamentária ou legítima. Os romanos preferiam a vontade do defunto acima da vontade do legislador.⁶¹⁷ Eugène Petit descreveu os períodos históricos acerca da aplicação das duas ordens de sucessão por morte:

De ces deux ordres de successions quel est le plus ancien? C'est une question fort discutée. Il en est qui pensent que les Romains n'ont connu d'abord que la succession *ab intestat*, comme les Germains et les Grecs, et que la succession testamentaire fut introduite para la loi des XII tables. Ma cette opinion s'accorde mal avec la préférence marquée que les Romains ont toujours eue pour ce dernier mode de la succession. D'ailleurs, les historiens font mention du testament dès la fondation de la cité. Por nous, la succession testamentaire et la succession *ab intestat* ont coexisté dès l'origine de Rome, et la loi des XII tables n'a fait que consacrer des coutumes depuis longtemps en vigueur.⁶¹⁸

Eduardo Gans apresentou interessante paralelo entre a sucessão legítima e testamentária, analisando a história romana:

La successione testamentaria ha a sua base l'arbitrio puro, freddo, ed egoistico. Essa pressuppone l'individualità, che si limita a se stessa, non si sente e conosce negli altri, che anzi tutt'altro da se stessa esclude, ed opera in contradizione di esso. [...] In opposizione della successione testamentaria sta il principio severo e patrizio, la successione intestata. Come quella che risulta da una necessità naturale e proprio di questa di escludere immediatamente l'arbitrio. Ma in questa opposizione in questa guerra coll'arbitrio testamentario il principio vero e naturale dell'assistenza della famiglia, e la successione della romana famiglia si veste di tutta la durezza ed insensibilità, ch'è in generale propria del dritto di essa.⁶¹⁹

Orisombo Nonato, acerca da sucessão testamentária, trouxe importante contribuição:

A instituição mais antiga de transmissão *causa mortis* foi o testamento antetabular *calatis comitiis*, espécie muito atenuada de *adoptio in hereditatem*, desprovida de caráter contratual e que viveu aos insufls do ideal de assegurar a perpetuidade do culto larário. Conferia apenas uma expectativa hereditária, sem constituir, rigorosamente, testamento; porque, sujeito à aprovação dos pontífices e dos comícios, desapresentava a autonomia essencial àquele ato.⁶²⁰

O autor, nesse sentido, remonta à origem da adoção, em que indicava o *pater familias* herdeiro, para a perpetuidade do culto familiar.

⁶¹⁷ PETIT, 1925, p. 541.

⁶¹⁸ Ibid., p. 541.

⁶¹⁹ GANS, Eduardo. **Dello svolgimento del dritto di successione nella storia romana**. Tradução de A. Turchiarulo. Napoli: Tipografia all'Insegna del Diogene, 1851, p. 27.

⁶²⁰ NONATO, 1957, v. 1, p. 68.

Quanto à figura do sucessor, no *ius civile antiquum*, existiam três classes: os *sui heredes*, os *adgnati* e os *gentiles*. Os *sui heredes* eram aqueles que estavam sob o pátrio poder do falecido, quando este era vivo, como os filhos não emancipados, inclusive os adotivos, os netos e bisnetos, a mulher *in manu* e o filho póstumo.⁶²¹ Eram os herdeiros domésticos.⁶²² Gaio ensinava que

estes herdeiros são chamados internos porque são ‘domésticos’, e porque, em vida do pai, são de alguma forma considerados como também ‘donos da casa’; por isso é que, se alguém morre sem testamento, os primeiros chamados na linha da sucessão são os descendentes directos. Dizem-se também ‘necessários’ porque de todos os modos, quer queiram, que não, eles serão herdeiros, independentemente de haver ou não testamento.⁶²³

Nesta fase, não era o parentesco cognatício que determinava quem era o sucessor, mas o denominado parentesco agnatício, ou seja, nem o filho emancipado, que era do mesmo sangue do *pater familias* falecido, poderia suceder.⁶²⁴ Não existindo *heredes sui* o patrimônio era transmitido aos agnados colaterais mais próximos.⁶²⁵ É o que lecionou Arnò Carlo:

È bene richiamare subito il noto testo della legge delle XII tavole: ‘Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento’ (Tab. V, 4 et. 5). Se muore intestato colui che non ha erede suo, l’agnato prossimo abbia la familia; se non vi è agnato, i gentili abbiano la familia.⁶²⁶

Os *proximus adgnatus* são os parentes colaterais de grau mais próximo, em relação ao falecido, como os irmãos e os filhos dos irmãos.⁶²⁷ E, por último, os *gentiles*, que faziam parte da *gens*, tendo culto próprio, sendo que os membros tinham o mesmo nome gentilício.⁶²⁸ Esta sucessão já estava em desuso no direito clássico, havendo poucas informações sobre a mesma.⁶²⁹

⁶²¹ MOREIRA ALVES, 2008, p. 744.

⁶²² KASER, 1999, p. 372.

⁶²³ GAIO, 2010, p. 208.

⁶²⁴ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 744.

⁶²⁵ KASER, op. cit., p. 374.

⁶²⁶ ARNÒ, 1938, p. 5-6.

⁶²⁷ KASER, op. cit., p. 374.

⁶²⁸ PETIT, 1925, p. 91-92. Nas palavras do autor: ‘La gens n’est autre chose que la famille dans le sens large, c’est-a-dire l’ensemble des agnats; mais cette qualité n’appartient à l’origine qu’aux familles nobles patriciennes.’

⁶²⁹ MOREIRA ALVES, op. cit., p. 745.

No início da República, surgiu a *bonorum possessio intestati*, que se tratava de “herança tutelada pelo pretor”, portanto *ius pretorium*⁶³⁰, que decorria de um processo evolutivo na sucessão romana, como afirma Santos Justo.

Quanto à sua origem, é necessário recordar que o sistema sucessório civil inspirava-se na primitiva organização patriarcal da família agnática e, por isso, a evolução da família consanguínea determinou que, perante o estatismo do *ius civile*, coubesse ao pretor o acompanhamento daquela evolução, abrindo o direito sucessório aos familiares consanguíneos até então afastados, como os filhos emancipadas e a mãe.⁶³¹

É o que leciona Cesare Massimo Bianca:

Sollecitata dalle istanze sociali di superamento di certi rigidi limiti e formalismi delle XII Tavole, il *praetor* concesse la *bonorum possessio* ai familiar non aventi titolo alla successione legittima (i figli emancipati che non fossero stati diseredati, i figli dei peregrini, in quanto privi, questi ultimi, della *patria potestas*, ecc.)⁶³²

Os herdeiros, neste caso, classificavam-se nas seguintes classes: a) *unde liberi*, quando o pretor chamava os *sui heredes*, os filhos adotivos e os descendentes, que saíam do poder do *pater familias*, como ocorre no caso de emancipação;⁶³³ b) *unde legitimi*, que confirmava o direito civil em todas as suas aplicações, visto que o pretor chamava todos os herdeiros civis; c) *unde cognati*, que se voltava à sucessão de todos os parentes consanguíneos até ao 6º grau, incluindo os filhos dos netos dos irmãos, do 7º grau.⁶³⁴

Na *bonorum possessio*, como havia somente a concessão da posse, com o tempo, preenchidos os requisitos da usucapião, o possuidor passava a ser proprietário.⁶³⁵ Com o passar dos anos, houve a uniformização das formas de adquirir a herança, pelas *Novellae* de Justiniano, *Novella* 118, de 543, completada pela *Novella* 127, de 548, culminando com o fim da sucessão agnática, em favor da consanguinidade e acrescentando o parentesco feminino.⁶³⁶ A sucessão legítima passou a contemplar a seguinte ordem hereditária: “a) descendentes; ascendentes e irmãos germanos; c) irmãos unilaterais; d) colaterais que não fossem irmãos; e) cônjuge sobrevivente.”, nos ensinamentos de Pinto Ferreira.⁶³⁷

⁶³⁰ JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano**. Coimbra: Coimbra, 2009, v. 5, p. 17.

⁶³¹ JUSTO, 2009, v. 5, p. 15-16.

⁶³² BIANCA, Massimo. **Diritto civile**: la famiglia, le successioni. Milano: Giuffrè, 2005, v. 2, p. 531.

⁶³³ KASER1999, p. 377.

⁶³⁴ Ibid., p. 376.

⁶³⁵ JUSTO, op. cit., p. 16.

⁶³⁶ KASER, op. cit., p. 377.

⁶³⁷ FERREIRA, Pinto. **Tratado das heranças e dos testamentos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 20.

3.2.2.3 Limites Objetivos da Transmissão de Bens

Em matéria de sucessão, havia uma confusão patrimonial, em seu sentido jurídico, entre o patrimônio do defunto e do herdeiro e, neste sentido, os credores do defunto poderiam se voltar contra este “novo patrimônio” do sucessor, conforme Giovanni Ronga.

Il patrimonio del defunto si confonde con quello dell’erede. Perciò restano estinti i diritti reali che al defunto spettavano sui beni dell’erede, e viceversa, ed i rapporti obbligatori che esistevano fra il defunto e l’erede. Per lo stesso motivo i creditori dell’eredità e i creditori personali dell’erede hanno per principio un uguale diritto di essere pagati sul nuovo patrimonio che risulta dalla confusione.⁶³⁸

Com a sucessão universal romana, ocorrido o evento morte, havia a transferência do bloco de direitos, relações jurídicas e obrigações do defunto para o seu sucessor. O objeto de sucessão compreendia elementos patrimoniais e, ainda, extrapatrimoniais.⁶³⁹ Como exemplo de elementos patrimoniais, havia os escravos, as propriedades e os animais, bem como os direitos obrigacionais.⁶⁴⁰ Na linguagem decenviral, as coisas hereditárias eram compreendidas como “família”. A palavra “família”, portanto, tinha duas significações: comunidade de pessoas livres e patrimônio familiar. Existiam coisas que faziam parte do conceito de família que eram *pecunia*, como os cavalos e, como já mencionado, os escravos.⁶⁴¹

Os elementos extrapatrimoniais eram: os *sacra*, o *iura sepulchrorum* e o *patronatus*.⁶⁴² Os *sacra* representavam as cerimônias de culto privado, que tinham por finalidade assegurar à família a proteção dos ancestrais defuntos.⁶⁴³ O *iura sepulchrorum*, por sua vez, regulava o direito ao sepulcro, ao túmulo. Temática ligada ao denominado *ius sepulchri*, ou seja, o direito a ser enterrado em um dado sepulcro.

Un aspetto del culto dei morti è lo *ius sepulchri*. *Jus sepulchri* è il diritto di seppellire e di essere seppellito in un dato sepolcro. Il sepolcro è, nei tempi arcaici, una istituzione familiare. Esso è posto in un fondo privato ed è segno evidente della continuità della famiglia e della solidarietà dei vivi con i morti.⁶⁴⁴

Importa destacar que, em que pese o posicionamento de Bortolucci, Perozzi dispôs que o direito à sepultura, denominado de *iura sepulchrorum*, não era transmitido, pois o herdeiro

⁶³⁸ RONGA, Giovanni. **Corso di istituzioni di diritto romano**. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1899, p. 139-140.

⁶³⁹ BORTOLUCCI, 1932, p. 113.

⁶⁴⁰ KASER, 1992, p. 366.

⁶⁴¹ VOCI, Pasquale. **Diritto ereditario romano**. Milano: Giuffrè, 1967, v. 1, p. 23.

⁶⁴² BORTOLUCCI, op. cit., p. 113.

⁶⁴³ PETIT, 1925, p. 88.

⁶⁴⁴ VOCI, op. cit., p. 42.

tinha direito próprio ao túmulo, idêntico ao falecido, tratando-se de um direito novo, em razão da *lex* de fundação do sepulcro, que se estendia ao fundador, a seus herdeiros e aos herdeiros dos herdeiros.

Quanto ai *iura sepulchrorum*, se l'erede gode del diritto di sepulcro sul sepulcro ereditario, prima competente al defunto, ciò avviene perchè la *lex* di fondazione del sepulcro attribuisce il *ius sepulchri* al fondatore, ai suoi eredi e agli eredi degli eredi. Il *ius sepulchri* non si trasmette adunque dal defunto all'erede; questi gode di un diritto identico bensì di contenuto a quello del defunto, ma che non è quello stesso del defunto. È un diritto nuovo che trae dalla *lex* menzionata.⁶⁴⁵

A título de registro, a Lei das XII Tábuas proibiu sepultamentos dentro da cidade de Roma, com base no entendimento que o mundo dos vivos devia estar separado do mundo dos mortos, como ensinou Coulanges, fundando cemitérios em regiões mais afastadas, como às margens da Via Appia.

Le monde des vivants devait être séparé de celui des morts. C'est pourquoi, à Rome, la loi des Douze Tables interdisait d'enterrer in urbe, à l'intérieur de la ville. (...) C'est aussi pourquoi les cimetières étaient situés hors de villes, sur le bord des routes comme la Via Appia à Rome, les Alyscamps à Arles.⁶⁴⁶

O direito ao sepultamento estava diretamente ligado à necessidade de conservar a memória do falecido, constando inscrições funerárias, para conservar a identidade da tumba.

On se trompe pas beaucoup en disant que, dans la Rome antique, chacun, parfois esclave, avait un endroit de sépulture (*loculus*) et que cet endroit était souvent marqué par une inscription. Les inscriptions funéraires sont innombrables. Elles sont toujours nombreuses au début de l'époque chrétienne. Elles signifient le désir de conserver l'identité de la tombe et la mémoire du disparu.⁶⁴⁷

Tema que se torna atual e relevante na medida em que, a partir da legitimidade conferida aos herdeiros para defenderem direitos de personalidade do falecido que, em última análise, é a tutela de sua memória, questiona-se se este é um direito próprio ou do defunto por transmissão. Quanto ao *patronatus*, tratava-se da situação em que o patrão alcançava existência civil ao então liberto, reservando-se o direito de determinados serviços domésticos ou dias de trabalho, denominados de *obsequium* e *operae*.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ PEROZZI, Silvio. **Istituzioni di diritto romano**. Roma: Athenaeum, 1928, p. 445.

⁶⁴⁶ ARIÈS, 1975, p. 25.

⁶⁴⁷ Ibid., p. 41.

⁶⁴⁸ PETIT, 1925, p. 84.

Cumprer salientar que, no Direito Romano, em que pese à compreensão de que o sucessor continuava a pessoa do defunto, podiam-se enumerar direitos que não eram transferidos aos herdeiros e que, portanto, extinguíam-se com a morte. Existiam, portanto, obrigações intrasmissíveis, como é o caso das denominadas *ex delicto*, que decorriam essencial de vingança, voltando-se exclusivamente contra a pessoa autora do fato delituoso, extinguindo-se a obrigação com a cessação da pessoa. Tratavam-se das *actiones vindictam spirantes*, que não faziam parte do patrimônio a ser transferido, que tinham como finalidade a condenação do ofensor, em face de agressão sofrida pelo ofendido⁶⁴⁹, com fundamento na vingança, não no aumento patrimonial, conforme referiu Bortolucci.

1. L'actio iniuriarum (Marciano. D. XXXV 2.32) 2. L'azione per la in ius vocatio dei genitori o del patrono senza permesso del pretore (Ulpiano D. II. 4.23) 3. L'azione per calunnia (Gaio D. III. 6.4.) 4. L'azione per ostacolo al seppellimento e l'actio sepulchri violati (Gaio. D. XI. 7.9.). 5. L'actio de effusis et deiectionis (Ulp. D. IX. 3.5.5.) 6. È incerto se la querela inofficiosi testamenti rientri fra le actiones vindictam spirantes. Ad ogni modo è espressamente attestata l'intrasmissibilità della querela agli eredi (Ulpiano D. V. 2. 6. Par. 2; 7; Giuliano V.2.15.1.).⁶⁵⁰

Nesse sentido, verifica-se que tais ações representavam ressalvas ao princípio da continuidade da pessoa do antecessor no sucessor, demonstrando que, desde a antiguidade clássica, já se evidenciava a necessária relativização deste princípio, no sentido de que a sub-rogação subjetiva ativa ou passiva de direitos e obrigações poderia levar a soluções desastrosas e extremamente inadequadas à memória do antecessor e ao herdeiro. Para ilustrar, segundo Eugène Petit, a injúria poderia assim ser conceituada:

Dans le droit classique, la notion de l'injure est restreinte, parce qu'on exige l'intention de nuire pour qu'il y ait délit. Mais elle s'est élargie au point de vue des faits qui constituent l'injure; l'atteinte à la personnalité peut se manifester sous les formes les plus diverses: coups ou blessures, diffamation écrite ou verbale, violation de domicile, outrages à la pudeur et, en general, tout acte de nature à compromettre l'honneur et la réputation d'autrui (Ulpian, L. 1, § 1 et 2, D., de *injur*, XLVII, 10.- I., § 1, *ht.*)⁶⁵¹

Nessa linha, já havia preocupação quanto às ofensas que atingem a personalidade como difamação oral ou escrita, golpes, machucados, violações ao domicílio, que asseguravam valores como a honra e reputação de outrem. As consequências do delito de injúria acarretavam consequências gravíssimas e violentas.

⁶⁴⁹ BORTOLUCCI, 1932, p. 138-139.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 138-139.

⁶⁵¹ PETIT, 1925, p. 480.

La loi des XII Tables édictait la peine du talion pour l'injure la plus grave: la perte d'un membre, *membrum ruptum*; a moins d'une composition pecuniaire entre les parties, ce qui, en fait avait toujours lieu. Elle prononçait pour la fracture d'un os, une amende de 300 as ou de 150 as, suivant que la victime était un homme libre ou un esclave; et un amende de 25 as pour toutes les autres injures, c'est-à-dire les voies de fait légères, les coups sans blessures. [...] L'action s'exerce contre le coupable et ses complices (I., § 11, ht.). Mais elle est intransmissible. Elle s'éteint par la mort de l'offenseur et par celle de l'offensé.⁶⁵²

Desde a antiguidade clássica vê-se, portanto, a preocupação quanto ao aspecto da intransmissibilidade de demanda do antecessor para o sucessor, na defesa da honra e reputação do falecido. O herdeiro do ofensor não poderia responder pela pena, tampouco o ofendido poderia transferir a seus filhos o direito de buscar exercer esta *actio*. Em situação similar, estava a *actio de effusis et deiectis*, que se voltava à responsabilização sobre os danos decorrentes de objetos sólidos e materiais líquidos que eram lançados dos apartamentos, sendo o habitante principal da casa declarado responsável, não havendo transmissão aos seus herdeiros de condenação havida.⁶⁵³ Também era intransferível a *querela inofficiosi testamenti* aos herdeiros, que se tratava da ação para anular um testamento, quando testador não contemplava os seus parentes mais próximos, como descrevem Mazeaud e Mazeaud.

Mais, à l'époque classique, et probablement sous l'influence du droit grec, le Tribunal des centumvirs, qui tranchait les questions d'hérédité, estima que le testament de celui qui mourait sans laisser à certains proches une portion convenable de ses biens – *debita portio* – était l'oeuvre d'un fou ne respectant pas l'*officium pietatis*, et que pareil testament pouvait alors être attaqué para la *querela inofficiosi testamenti*. Seules les proches parents – les ascendants, les descendants et, en présence d'un institué *turpis*, les frères et soeurs consanguins – se trouvaient protégés. La *debita portio* ou légitime était peu importante ; elle fut fixée au quart de ce que le parent aurait dû recevoir *ab intestat*.⁶⁵⁴

Nesse caso, era incompreensível que alguém efetivamente nada alcançasse aos seus herdeiros, sendo interpretado como verdadeiro ato de loucura, permitindo aos prejudicados que tomassem medidas para assegurar aos seus familiares segurança patrimonial. De tudo que se analisou, revela-se, desde os direitos mais primitivos estendendo-se ao Direito Romano, a transmissibilidade dos bens. No entanto, em situações excepcionais, ligadas ao corpo, à imagem, à injúria, vê-se a intransmissibilidade. Pasquale Voci analisou com precisão a justificativa da transmissibilidade e as hipóteses de transmissibilidade.

⁶⁵² Ibid., p. 480-481.

⁶⁵³ PETIT, 1925, p. 482.

⁶⁵⁴ MAZEAUD et al., 1999, p. 187.

I presupposti della trasmissibilità di un rapporto obbligatorio sono due: uno economico e uno giuridico. Il presupposto economico consiste nel riconoscimento del significato patrimoniale *dell'obligatio*: nel riconoscimento, cioè, che essa importa uno spostamento di beni in favore del debitore, il quale deve riequilibrare la situazione col adempimento. In tal caso, la morte del debitore prima dell'adempimento, se non è accompagnata dalla successione nel debito, è da giudicare una fonte inaspettata di lucre per gli eredi, e il diritto oggettivo non può permetterla. Il presupposto giuridico è che l'*obligatio* non deve essere concepita come una signoria immediata del creditore sul corpo del debitore (risolubile dall'adempimento): cioè un asservimento, più o meno pronunciato, del debitore al creditore. Se così fosse, l'obbligazione sarebbe dal principio così rigidamente connessa con la persona del debitore, che ogni trasmissibilità sarebbe da escludere.

⁶⁵⁵

Assim, para identificar o que é transmissível, foram apontados, já no Direito Romano, os critérios econômico e jurídico. O critério econômico estava vinculado ao enriquecimento justificado dos herdeiros do credor falecido e, por outro lado, o enriquecimento sem fundamento dos herdeiros do devedor que herdassem o ativo, sem arcar com o passivo da obrigação. No que toca ao pressuposto jurídico, salvaguardou o herdeiro de ser compelido à perda de seu próprio corpo por dívida do antecessor, declarando a sua intransmissibilidade. Dessa forma, infere-se que a continuidade do antecessor na pessoa do sucessor no Direito Romano não era absoluta, pelo contrário, em direitos e deveres que se voltassem ao corpo, à pessoa, à honra e à reputação fazia-se uma cisão, sendo parte dos direitos transmissíveis e parte intransmissíveis. Isto remonta à necessidade de estabelecer limites em matéria de Direito Sucessório.

3.2.3 Direito Germânico

Nos povos germânicos primitivos, não havia o instituto da sucessão de bens por causa da morte entre antecessor e sucessor como hoje compreendido. Os bens eram da família e permaneciam em condomínio. Não havia o conceito de propriedade privada e, por conseguinte, incoorria transmissão de bens, logo, inaplicável o conceito de sucessão.⁶⁵⁶ João Gomes da Silva acrescentou que

também no direito dos vários povos germânicos se defende uma situação originária de contitularidade familiar dos bens; estes seriam da titularidade dos *Hausgenossen*, a pequena família da *Haus* germânica, composta por pai e filhos. O pai seria o representante desta comunidade patrimonial, titular de um poder de administração, que se designa de *Gewere*, que não se confundiria com a propriedade. Na

⁶⁵⁵ VOICI, 1967, v. 1, p. 47.

⁶⁵⁶ MAZEAUD et al., 1999, p. 7.

comunidade participariam também os filhos. Morto o pai, os filhos entrariam na sua posição, por força de um direito preexistente em vida do pai.⁶⁵⁷

Com a introdução da propriedade privada no direito teutão, os povos germânicos aplicavam a sucessão *ab intestato*⁶⁵⁸, no intuito de dar proteção aos seus familiares, com a consequência lógica da negação à faculdade de testar, conforme lecionou Francesco Degni.

Nel Diritto originario dei Germani, la successione ereditaria trovò la sua base nella proprietà familiare. Tutti i membri della famiglia erano comproprietari *in solidum* di tutto ciò che ciascuno di essi aveva trovato nell'eredità dei comuni genitori: di qui, la conseguenza logica della negazione della facoltà di testare, onde Tacito potterebbe affermare *'heredes successorumque sui cuique liberi et nullum testamentum'*. Esisteva, dunque, soltanto la successione legittima; l'eredità si trasmetteva secondo l'ordine indicato da Tacito.⁶⁵⁹

Orisombo Nonato reconheceu como características peculiares da sucessão germânica: a invariabilidade do herdeiro; condição por imposição divina e por direito de sangue de suceder.⁶⁶⁰ Importante distinção entre romanos e germânicos, fundamental no âmbito do presente estudo, é que estes afastaram as teorias que consideravam o sucessor como continuador da pessoa do morto, restringindo a sucessão a partir de aspectos econômicos, realistas e objetivistas.

Rechaza la ficción de que el heredero continúa la persona del *de cuius*; se ocupa solamente se considerar la herencia desde el punto de vista de los bienes – individualmente tomados en cuenta – que constituyen el acervo. Su origen histórico mismo marca la diferencia; entre los germanos, cuando el jefe de la familia fallecía, lo sucedía el varón de mayor edad. La asamblea de la tribu le entregaba los bienes; el heredero pagaba entonces las deudas y se quedaba con el remanente. Sin embargos, pese a su mayor racionalidad y practicidad, el sistema germánico no prevaleció pese a que se admitieron algunas de sus consecuencias; y su resurgimiento sólo se operó al sancionarse el Código alemán y no de una manera total.⁶⁶¹

Como se verifica, com a morte, o herdeiro germânico, diante da assembleia da tribo, entregava os bens do falecido e pagava todas as suas dívidas e, somente em caso de remanescente, dispunha dos bens deixados pelo antecessor. O evento morte, seguido da liquidação assemblear do ativo e passivo, dava por encerrado qualquer obrigação do morto.

A sucessão operava-se a título particular, nos ensinamentos de Carlo Arnò.

⁶⁵⁷ SILVA, João Gomes da. **Herança e sucessão por morte**: a sujeição do património do *de cuius* a um regime unitário no Livro V do Código Civil. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002, p. 60.

⁶⁵⁸ MAZEAUD et al., op. cit., p. 7.

⁶⁵⁹ DEGNI, Francesco. **La successione a causa di morte**. Padova: Antonio Milani, 1938, v. 1, p. 18.

⁶⁶⁰ NONATO, 1957, v. 1, p. 79.

⁶⁶¹ NOVELLINO, Norberto J. **La herencia y el proceso sucesorio**. Buenos Aires: García Alonso, 2008, p. 20-21.

È questa la soluzione data dal diritto germanico, nel quale la successione non è a titolo universale, ma a titolo particolare. Non è l'intero patrimonio del *de cuius*, con i debiti ed i crediti, che passa all'erede, ma alla morte scioglie l'unità del patrimonio e si devolvono agli aventi diritti i beni singoli o riuniti in masse ereditarie speciali (beni mobili, immobili, paterna paternis, materna maternis, beni feudali, allodiali).⁶⁶²

Portanto, não ocorria sucessão universal de bens. Aplicava-se o chamado sistema de bens de filiação germânica, em que relações e objetos eram transmitidos de forma individualizada, não em bloco. Os bens do ramo paterno eram alcançados aos parentes do pai e os bens do ramo materno voltam aos parentes da mãe.⁶⁶³ Tal sistema opõe-se frontalmente à construção de tradição romana, em face de não ser o sucessor o continuador da personalidade do morto, afastando a responsabilidade *ultra vires*, ou seja, que atingia o “novo patrimônio do sucessor”, limitando o herdeiro a agir em nome do falecido.⁶⁶⁴

3.3 SUCESSÃO NA IDADE MÉDIA

3.3.1 Contexto e Princípios

Durante a Idade Média, aproximadamente 90% (noventa por cento) da população vivia no campo, figurando o solo, a terra, como o bem mais valioso, sob o ponto de vista social e econômico.⁶⁶⁵ Segundo Delort,

è difficile considerare tutti i contadini dell'Occidente sulla base di un modello unico, valido per decine di regioni e per decine di secoli. Ma si può considerare la loro vita quotidiana sottoposta a un certo numero di condizioni, uguali per tutti, tutte nate dalla loro funzione: il lavoro della terra.⁶⁶⁶

A sociedade era extremamente vinculada à terra, estabelecendo relações feudo-vassálicas e as relações dos senhores e dos servos. Nos ensinamentos de John Gilissen,

o feudalismo é caracterizado por um conjunto de instituições das quais as principais são a vassalagem e o feudo. Nas relações feudo-vassálicas, a vassalagem é o elemento pessoal: o vassalo é um homem livre para com o seu senhor por um

⁶⁶² ARNÒ, 1938, p. 4.

⁶⁶³ GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gubelkian, 1995, p. 677.

⁶⁶⁴ ZANONI, Eduardo A. **Manual de derecho de las sucesiones**. Buenos Aires: Astrea, 2010, p. 8. Nas palavras do autor: “Sucesión en los bienes. Concepto. A la construcción dogmática que parte de la premisa que el heredero continúa la persona del causante, es decir que sucede en la subjetividad jurídica del causante – y por ello se lo reputa sujeto de las relaciones jurídicas que tenían, por tal, al difunto con la consiguiente responsabilidad *ultra vires* -, se opone el sistema de la llamada sucesión en los bienes de filiación germánica.”

⁶⁶⁵ DELORT, Robert. **La vita quotidiana nel medioevo**. Tradução de Maria Garin. Bari: Laterza, 2006, p. 105.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p. 106.

contrato solene pelo qual se submete ao seu poder e se obriga a ser-lhe fiel e dar-lhe ajuda e conselho (*consilium et auxilium*), enquanto o senhor lhe deve protecção e manutenção. A ajuda é geralmente militar, isto é, o serviço a cavalo, porque a principal razão de ser do contrato vassálico para o senhor é dispor duma força armada composto por cavaleiro. O feudo é o elemento real nas relações feudo-vassálicas; consiste numa tenência, geralmente uma terra, concedida gratuitamente por um senhor ao seu vassalo, com vista a garantir-lhe a manutenção legítima e dar-lhe condições para fornecer ao seu senhor o serviço requerido.⁶⁶⁷

Nesse sentido, o próprio conceito de Direito, para a época, nos ensinamentos de Caenegem, revela a importância da propriedade fundiária.

Era um sistema original de direito, que não se ligava a qualquer nação em particular e que fora criado na Idade Média em completa independência do direito romano ou dos direitos nacionais germânicos. Suas características gerais são todavia mais germânicas do que romanas: importância das relações pessoais e da propriedade fundiária; ausência de qualquer concepção abstrata do Estado; falta de legislação escrita e formal. [...] Seu desenvolvimento dependia dos costumes e, eventualmente, do envolvimento de um soberano que estivesse preocupado em regulamentar uma questão de detalhe ou inovar um aspecto particular.⁶⁶⁸

Assim, as relações sociais tinham como eixo central a terra, refletindo diretamente no Direito, e, por conseguinte, nas soluções a serem apresentadas por ocasião da morte, dando os contornos do Direito das Sucessões da época. Neste período, a morte passou ser compreendida como um momento único em que o ser humano refletia sobre sua própria biografia, de tudo aquilo que realizou, pelos seres e coisas que se apaixonou, tomando consciência de si mesmo.⁶⁶⁹ A título de ilustração, o testamento tornou-se, também, o veículo para expressar os sentimentos mais profundos, como aqueles voltados à religiosidade e à fé.

Aussi appartenait-il à chacun d'exprimer lui-même ses idées, ses sentiments, ses volontés. Pour cela, il disposait d'un instrument, le testament. Du XIII^e au XVIII^e siècle, le testament a été le moyen pour chacun d'exprimer, souvent de manière très personnelle, ses pensées profondes sa foi religieuse, son attachement aux choses, aux êtres qu'il aimait, à Dieu, les décisions qu'il avait prises pour assurer le salut de son âme, le repos de son corps. [...] Le testament était alors un moyen pour chaque homme d'affirmer ses pensées profondes et ses convictions, autant et plus qu'un acte de droit privé pour la transmission d'un héritage.⁶⁷⁰

⁶⁶⁷ GILISSEN, 1995, p. 189-190.

⁶⁶⁸ CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 28.

⁶⁶⁹ ARIÈS, 1975, p. 41.

⁶⁷⁰ Ibid., p. 50.

Os corpos passaram a ser sepultados em cemitérios eclesiais, dada a resultante de evolução da religião doméstica⁶⁷¹, desde a Roma de Constantino⁶⁷², para a religião oficial, desempenhada pela Igreja Católica.

Saint Jean Chrysostome éprouvait la même répulsion que ses ancêtres païens quand, dans une homélie, il exhortait les chrétiens à s'opposer à un usage nouveau et encore peu suivi: 'Veille à ne jamais élever un tombeau dans la ville. Si on déposait un cadavre là où tu dors et tu manges, que ne ferais-tu pas? Et pourtant tu déposes les morts no pas là où tu dors et tu manges, mais sur les membres du Christ, c'est-à-dire dans les églises. [...] Au Moyen Age et encore au XVIe et au XVIIe siècle, peu importait la destination exacte des os, pourvu qu'ils restassent près des saints ou à l'église, près de l'autel de la Vierge ou du Saint-Sacrement. Le corps était confié à l'Église.⁶⁷³

Com o desenvolvimento da Igreja Católica, o Direito Canônico atingiu seu ápice, dado que o “mundo medieval no Ocidente é um mundo cristão.”⁶⁷⁴ É o que ensina Carlos Silveira Noronha:

O direito canônico é fruto de uma longa decantação de dois mil anos de vida da Igreja Católica do Ocidente, que tem como núcleo fundamental um direito divino ou direito revelado por Deus, no qual se distingue um direito divino natural emanado da pessoa humana como ser racional por criação divina e um direito divino positivo, representando um conjunto dos fatores jurídicos, que dizem com a elevação homem à ordem sobrenatural, como fruto do Verbo encarnado.⁶⁷⁵

Thomas E. Woods Jr. revela a importância do direito canônico para a civilização ocidental, em face de se consubstanciar como um objeto sistêmico, não fragmentado como o direito costumeiro.

Antes de se ter compilado o direito canônico, entre os séculos XII e XIII, não havia em nenhum lugar da Europa Ocidental qualquer sistema de leis parecido com os atuais. Desde a fragmentação do Império Romano do Ocidente com o advento dos reinos bárbaros, o direito tinha estado intimamente ligado aos costumes e aos laços de sangue, e não era considerado nem estudo independentemente dessas realidades ou julgado apto para estabelecer regras gerais que obrigassem as pessoas. (...) O século XII começou a mudar isto. O tratado-chave do direito canônico foi obra do monge Graciano e intitulou-se *Uma concordância de cânones discordantes* (também conhecido como *Decretum Gratiani* ou, simplesmente, *Decretum*), redigido por volta de 1140.⁶⁷⁶

⁶⁷¹ CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 152.

⁶⁷² MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Leçons de droit civil: la famille**. Paris: Montchrestien, 1995, v. 1, p. 23.

⁶⁷³ ARIÈS, op. cit., p. 25-29.

⁶⁷⁴ GILISSEN, 1995, p. 17.

⁶⁷⁵ NORONHA, Carlos Silveira. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. **Direito & Justiça**, Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 21, n. 20, 1999, p. 59.

⁶⁷⁶ WOODS JÚNIOR, 2008, p. 180.

Importante a referência de Carlos Silveira Noronha acerca da formulação do *Decretum Graciani*:

Graciano, cujo nome era Graciano de S. Félix e Nabor, foi um monge Camalduense, professor de teologia em Bolonha, que organizou no ano de 1140 uma *Concorda Discordantium Canonum* à qual foi ao longo dado o nome de *Decretum*. Consta haver sido o autor auxiliado por Rolando Bandinelli, que em 1159 se tornaria o papa Alexandre III. Reunia o *Decretum Graciani* cerca de 3800 textos ordenados sistematicamente, seguindo o método e pensamento de seu antecessor Ivo de Chartes. Havia a separação do Direito Romano do canônico, destacando-se este da teologia, que antes eram estudados juntos.⁶⁷⁷

Dessa forma, dada a importância e a confiança na Igreja Católica, regida pelo Direito Canônico, que, mais tarde, consolidou-se no *Corpus Iuris Canonici*⁶⁷⁸, os restos mortais passaram a ser confiados à Igreja, superando a ideia de que deveriam os corpos serem sepultados em locais distantes e, doravante, deviam repousar juntamente com os santos, costume ainda empregado em muitas localidades, inclusive, na atualidade.

Portanto, o Direito das Sucessões, na Idade Média, com base no direito costumeiro, era extremamente diversificado, havendo uma multiplicidade de sistemas, em razão de seu regramento decorrer do costume de cada lugar.⁶⁷⁹ Desenvolvia-se oralmente, com variações tribais e regionais, sendo que o único direito supranacional existente e escrito era o da Igreja Romana, que tinha vigência em todo o Ocidente.⁶⁸⁰ É o que leciona João Gomes da Silva:

A transição da Antiguidade para a Europa medieval e moderna ficou marcada pela destruição da unidade do direito hereditário. A ausência de uma concepção unitária do património, para efeitos de sucessão por morte, foi uma característica do direito germânico, mas que se manteve, no seu essencial, com a recepção. Às várias sucessões especiais germânicas sucede assim, na Europa, a sucessão em bens feudais e a sucessão no património vinculado, como em Portugal, os morgadios e as capelas.⁶⁸¹

Mesmo assim, diante da diversidade de tratamentos, era possível reconhecer princípios e privilégios aplicados à sucessão, naquela época, os quais serão objetos de análise.

⁶⁷⁷ NORONHA, Carlos Silveira. **Sentença civil**: perfil histórico-dogmático. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 162.

⁶⁷⁸ NORONHA, 1995, p. 174.

⁶⁷⁹ GILISSEN, 1995, p. 680.

⁶⁸⁰ CAENEGEM, 2000, p. 35.

⁶⁸¹ SILVA, 2002, p. 66.

a) Princípio da Pluralidade de Sistemas Sucessórios

O Direito Sucessório era marcado pela pluralidade de sistemas sucessórios.⁶⁸² Diferentes eram os regramentos para bens móveis e imóveis e, quanto a estes últimos, deveria ser observado se os bens haviam sido adquiridos pelo falecido ou se eram bens decorrentes da família do pai ou da mãe. Ademais, Mazeaud e Mazeaud, com precisão descrevem o tratamento distinto dado aos bens móveis e imóveis no Direito Costumeiro.

Le droit coutumier distingue, en effet, entre, d'une part, les immeubles provenant de la famille, qu'on appelle propres, et, d'autre part, les meubles et les conquêts ou acquêts ; on entend par conquêts ou acquêts les biens acquis par le de *cujus* sans qu'il les tienne sa famille. Les propres sont réservés à la famille pour les quatre cinquièmes; c'est la réserve des quatre quints. Les parentes, même éloignes, peuvent prétendre à cette réserve. Il existe donc en droit coutumier évolué deux successions différentes : celle des propres et celles de meubles et acquêts, chacune avec une réserve dont la quotité était différent. La dualité des successions (succession des propres, succession des meubles et acquêts) correspondait à la double réglementation des biens dans les régimes de communauté.⁶⁸³

Do excerto da lição dos juristas franceses, verifica-se que, no Direito Costumeiro, já havia disposição acerca da parte indisponível que, como se verifica, importava em 4/5 (quatro quintos) do total do patrimônio decorrente da família, estabelecendo-se uma forte proteção aos consanguíneos, estendendo-se, inclusive, a parentes, mesmo que distantes. E, ainda, verificavam-se duas sucessões: dos próprios e dos móveis e aquestos.

b) Princípio da Distinção da linha paterna e materna

Esta diferenciação entre linha paterna e materna decorre do denominado Princípio da Distinção ou *paterna paternis, materna maternis*.⁶⁸⁴ Mazeaud e Mazeaud referiram que a herança desempenhava, e ressaltava-se, ainda desempenha, importante função social, sendo que o indivíduo, ao conquistar bens, adquire para si e para as gerações a que ele transmite a vida, justificando-se o princípio da distinção.

Ainsi, l'héritage a une fonction familiale et sociale. L'homme conquiert par son travail la situation d'individu libre, c'est-à-dire libéré de cette servitude qu'est l'absence totale de biens; mais il ne l'acquiert pas égoïstement pour lui seul; il l'acquiert aussi pour les générations auxquelles il donne la vie.⁶⁸⁵

⁶⁸² GILISSEN, op. cit., p. 680.

⁶⁸³ MAZEAUD et al., 1999, p. 7-8.

⁶⁸⁴ GILISSEN, 1995, p. 680-681.

⁶⁸⁵ MAZEAUD et al., op. cit., p. 6.

Importa destacar que este princípio é originário do século XI, não sendo de origem romana, mas do direito franco.

c) Privilégio da Primogenitura

Dispunha que somente o filho mais velho herdava a totalidade dos bens feudais ou, ainda, a sua maior parte.⁶⁸⁶ A primogenitura também apontava antecipadamente quem continuaria a prestar serviço ao rei.⁶⁸⁷ Este princípio teve origem na própria Idade Média, em face da necessidade da manutenção da indivisibilidade do feudo.

Por assurer la desserte du fief et l'accomplissement para le vassal de ses obligations, le droit coutumier voulut éviter le morcellement résultant du partage entre les enfants; il y parvint en instituant le privilège de masculinité et le primogéniture; le fils aîné hérite du fief. Les principes de la succession au fief eurent tendance à s'appliquer à toute la succession noble, afin de permettre à l'aîné de maintenir l'éclat de la famille.⁶⁸⁸

Posteriormente, Conrado, o Salico, estendeu a possibilidade de herança do feudo também aos parentes mais distantes, superando o posicionamento que os feudos somente poderiam ser herdados pelos filhos.⁶⁸⁹

d) Privilégio da Masculinidade

O privilégio da masculinidade tinha como objetivo manter a defesa do território, através de homens, que têm, em regra, superioridade física. O feudo não poderia ter como senhor feudal, tampouco vassalos, mulheres, dada a finalidade do serviço militar prestada ao senhor feudal por parte do vassalo.

Na verdade, a indivisibilidade era uma consequência do destino militar do feudo: permitir a um vassalo prestar ao se senhor o serviço militar a cavalo, dispondo de rendimentos suficientes. Dividindo o feudo entre os filhos, cada parte teria sido, em numerosos casos, demasiado pequena para assegurar a manutenção de um vassalo.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ GILISSEN, op. cit., p. 681.

⁶⁸⁷ SILVA, 2002, p. 39.

⁶⁸⁸ MAZEAUD et al., 1999, p. 8.

⁶⁸⁹ DEGNI, 1938, v. 1, p. 19.

⁶⁹⁰ GILISSEN, 1995, p. 682.

A proibição de figurar como “senhor feudal” ou “vassalo” do sexo feminino, foi , posteriormente, superada, surgindo feudos femininos, denominados “feudos de roca”. Neste caso, o serviço militar devia ser encarregado a homens.⁶⁹¹

e) Direito do Juniorato

É o direito que concedia ao último filho, “última genitora”, privilégios, sendo intitulado de “juniorato”. Aplicado em algumas localidades da Bélgica, da Bretanha e do País de Gales, decorria de privilégios ao mais jovem, em face dos demais filhos.⁶⁹² Existiam sob a forma de dois regimes: o primeiro, o chamado “juniorato preferencial”, quando ao filho mais novo é atribuído determinados bens, sendo que o restante deve ser dividido entre os demais irmãos; o segundo, o “juniorato mediante recompensa”, em que o filho mais novo não pode ter uma parte maior que os demais irmãos, no entanto, escolhe a melhor parte da terra, recompensando-se.⁶⁹³

f) Direito da Saisina

No Medievo é que surgiu o *Droit de saisine* que, decorrente do direito costumeiro francês, buscou afastar o pagamento de qualquer valor cobrado pelo senhor feudal pela transferência da posse que estavam em mãos do servo que faleceu para os seus herdeiros. É o que lecionou Caio Mário da Silva Pereira:

Droit de saisine. Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de le plus proche.*⁶⁹⁴

Pontes de Miranda traduziu para o vernáculo, denominando de “saisina”.

Ao efeito transmissivo do patrimônio chama-se a abertura da sucessão, sem qualquer distinção temporal, no direito brasileiro, entre o fato jurídico *stricto sensu* da morte, a abertura da sucessão, que é o ponto de tempo em que se desliga do decujo o patrimônio, e o efeito transmissivo. Nem sempre foi assim: havia a morte, a abertura

⁶⁹¹ Ibid., p. 684.

⁶⁹² Ibid., p. 680-681.

⁶⁹³ GILISSEN, 1995, p. 683.

⁶⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 15.

da sucessão e o efeito, posterior, da transmissão. A *saisina* é a expressão institucional do brocardo *Le mort saisit le vif*. O ‘*saisit*’ da língua francesa revela a fonte germânica.⁶⁹⁵

Dessa forma, trata-se de importante direito consagrado no Direito Medieval, hoje adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, aplicado em outras ordens jurídicas, como ocorre em Portugal.⁶⁹⁶

3.3.2 Limites Objetivos da Sucessão

Entre os objetos da sucessão *causa mortis*, na Idade Média, figurava a preocupação com a terra, especialmente sua utilização e o poder que dela decorria, fazendo surgir, à época, um “novo direito sucessório”, que se valia do testamento como instrumento para transmitir as propriedades agrícolas, concentrando-as nas mãos de um herdeiro, no sentido de evitar o parcelamento do solo, tendo sido, à época, desprestigiado o princípio da igualdade em face dos demais sucessores.⁶⁹⁷

Gilissen descreveu com precisão a estrutura vigente, na Idade Média, relativamente às relações estabelecidas em razão da terra.

Constata-se, assim, um verdadeiro desmembramento da propriedade na Baixa Idade Média: em relação a uma parcela da terra dada, goza de direitos reais um número mais ou menos grande de pessoas, limitando-se mutuamente os direitos de cada um. Tomemos como exemplo uma parcela de terra dos arredores de Bruxelas: encontra-se no ducado de Brabante, feudo que o duque tem do Imperador; o duque de Brabante concedeu esta parcela a um dos seus vassallos (A), a título de feudo; este pode, por sua vez, ter concedido uma parte do seu feudo, a um dos seus vassallos (B), como subfeudo, e, assim por diante. Por fim, o último dos vassallos na hierarquia feudal concedeu a parcela em censo a um homem (D), para que este a cultive, mediante pagamento de um censo. Assim, o Imperador, o duque, o vassallo A, o vassallo B, o vassallo C, o censitário D, têm cada um direito real em relação àquela parcela. Todos estes direitos reais são hereditários, perpétuos, oponíveis a terceiros, mas nenhum deles corresponde à noção de propriedade quiritária do direito romano.⁶⁹⁸

É possível, dessa forma, verificar que tanto feudos, subfeudos e censos eram passíveis de sucessão, por se configurarem direitos reais de senhores feudais, vassallos e censitários. Esta característica é própria do denominado segundo feudalismo, em que as obrigações passam a ser “objetivadas”, ou seja, “diferentes direitos sobre as terras”, passando a ser

⁶⁹⁵ PONTES DE MIRANDA, 1972, v. 55, p. 85.

⁶⁹⁶ SILVA, 2002, p. 51.

⁶⁹⁷ SILVA, 2002, p. 51.

⁶⁹⁸ GILISSEN, 1995, p. 642.

aplicada a hereditariedade e sua alienação.⁶⁹⁹ Os censos eram, juntamente com o feudo, uma tendência, em que havia o pagamento de cânon anual⁷⁰⁰, em dinheiro ou *in natura*, pago pelos “cultivadores directos”.⁷⁰¹

Além dos feudos e dos censos, existiam os alódios.⁷⁰² Os alódios eram os bens próprios do vassalo, que não dependiam de nenhum senhor feudal⁷⁰³, as “terras possuídas em propriedade plena”.⁷⁰⁴ Ou seja, os bens próprios do vassalo, que também eram passíveis de sucessão, na medida que compunham parte do patrimônio familiar.⁷⁰⁵ Segundo Delort, era possível identificar três tipos de bens, todos sujeitos à sucessão, à sua forma:

I primi Carolingi hanno insistito sul carattere militare dei servizi resi dai vassalli a cui erano affidati tali “benefici”, terre date momentaneamente in godimento; quando cessa il servizio, cessa il godimento, e il beneficio torna al signore, che lo dà a un altro vassallo che presta il medesimo servizio. D'altra parte gli alti funzionari (conti, vescovi) che prestano un giuramento di fedeltà al re ricevono una dotazione speciale per l'esercizio della loro funzione, ugualmente sotto forma di beni fondiari (il che si chiama l'onore). Anche in questo caso, quando la carica cessa, l'onore retorna al sovrano. Um vassallo del re può così cumulare, oltre ai suoi propri beni (allodi), un beneficio, contropartita del suo vassallaggio, e un onore, se è un conte. Gli è personalmente difficile distinguere questi tre tipi beni; e, se il legami col sovrano si allentano, onore e beneficio confusi con gli allodi rischiano, non solo di essere considerati a vita, ma anche ereditari, inclusi nel patrimonio familiare.⁷⁰⁶

No Direito Saxão, com as denominadas sucessões especiais, podem-se identificar outros bens passíveis de transmissão *causa mortis*, como leciona João Gomes da Silva:

O direito saxão introduziu ainda as sucessões especiais na *Heergewäte e Gerade* (respectivamente, objectos destinados ao uso pessoal dos homens, como as vestes, as armas ou cavalo, e os destinados à mulher, como adornos ou vestidos), em que o primeiro se transmitia aos parentes masculinos mais próximos do defunto, e o segundo aos parentes femininos – mais próximos – da defunta.⁷⁰⁷

Importa destacar que, como se depreende desde as tradições antigas, estes bens acompanhavam o morto para a tumba. No período Franco, com a influência da Igreja Católica⁷⁰⁸, houve o enfraquecimento deste costume, aumentando os bens passíveis à sucessão pois, além dos bens já referidos, passaram a ser partilhados as vestes, as armas, os animais, os

⁶⁹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 74.

⁷⁰⁰ DELORT, 2006, p. 248.

⁷⁰¹ GILISSEN, op. cit., p. 642.

⁷⁰² Ibid., p. 680.

⁷⁰³ DELORT, op. cit., p. 129.

⁷⁰⁴ GILISSEN, op. cit., p. 640.

⁷⁰⁵ DELORT, op. cit., p. 139.

⁷⁰⁶ DELORT, 2006, p. 139.

⁷⁰⁷ SILVA, 2002, p. 61.

⁷⁰⁸ FERNÁNDEZ DOMINGO, 2010, p. 47.

adornos e os vestidos. Em síntese, durante a Idade Média e suas mais variadas formas de sucessão, verificam-se que os bens passíveis de sucessão integram os direitos reais decorrentes dos feudos, subfeudos, censos, bens alodiais, bem como os bens utilizados em vida pelo falecido.

a) Limites Negativos

Mesmo diante da objetivação da sucessão, no sentido de que foi superada a ideia de que deveria ser escolhido um sucessor (sujeito, subjetivação) como continuador da personalidade do sucessor,⁷⁰⁹ ainda assim, à época, também foram reconhecidos direitos denominados de personalíssimos, que se extinguíam com o falecido, por serem inerentes à sua pessoa física e seu individual. É o que ensinou Degni:

Ma abbiamo pure visto come, nella storia del Diritto, l'idea di una successione *mortis causa* ereditaria mai è mancata e, soggiungiamo adesso, che essa è stata sempre limitata, più o meno, nel senso che l'*universum ius*, trasmesso dal *de cuius* all'erede, non passano quei rapporti giuridici, attivi o passivi, detti *personalissimi*, perchè inerenti alla sua personalità fisica ed individua, e, perciò, si dovettero estinguere con lui.⁷¹⁰

Na Idade Média, as relações que envolviam direito de família, sobretudo a legitimação de filho natural, o direito ao pátrio poder, bem como direitos de natureza não patrimonial, não eram objeto de transmissão *causa mortis*. Tampouco os títulos honoríficos.

Questo carattere d'inerenza alla persona presentano, anzitutto, i *rapporti di famiglia* e i diritti non patrimoniali, in genere. Quindi, non sono trasmissibili il diritto di patria potestà, il diritto di riconoscere o di legittimare un figlio naturale. Così non è trasmissibile un *titolo onorifico* in ordine cavalleresco, o accademico, perchè conferito in vista dei meriti dell'insignito, che sono personalissimi.⁷¹¹

Dessa forma, por serem títulos acadêmicos e meritocráticos, não poderiam ser transferidos, uma vez que seriam decorrentes de caráter inerente à pessoa. Uma interessante particularidade se apresentava quanto aos títulos nobiliárquicos.

⁷⁰⁹ ZANONI, 2010, p. 8. Nas palavras do autor: "Sucesión en los bienes. Concepto. A la construcción dogmática que parte de la premisa que el heredero continúa la persona del causante, es decir que sucede en la subjetividad jurídica del causante – y por ello se lo reputa sujeto de las relaciones jurídicas que tenían, por tal, al difunto con la consiguiente responsabilidad *ultra vires* -, se opone el sistema de la llamada sucesión en los bienes de filiación germánica."

⁷¹⁰ DEGNI, 1938, v. 1, p. 21-22.

⁷¹¹ Ibid., p. 21-22.

In quanto al *titolo nobile*, che è pur esso un bene non patrimoniale, benchè possa non estinguersi con la morte dell'ultimo investito, nemmeno è a dirsi che si trasmetta ad altre persone sopravvivenenti per diritto di eredità. Infatti, nell'atto di concessione del Sovrano, il titolo ha potuto essere stato conferito ad una persona *per se e per i suoi discendenti*: in tal caso, ciascuno di questi successori discendenti, alla morte del precedente ultimo investimento, assume il titolo, no per diritto di eredità, derivatogli da questo suo autore, ma per un diritto proprio, derivatogli dall'originario atto di concessione, tanto vero che egli potrebbe rinunziare all'eredità dell'ultimo investito e asumere il titolo nobile.⁷¹²

Logo, no que toca ao direito aos títulos nobiliárquicos, mais uma vez, apresenta-se a questão relativa à (in) transmissibilidade de bens. Neste particular, o soberano, ao conceder o título, já concedia o título ao antecessor e a seus descendentes. Nesse sentido, não havia transmissão quando da morte do antecessor. Tratava-se de exercício de direito próprio. Esta temática é essencialmente importante, em matéria de sucessão, sobretudo no atual estágio em que se questiona acerca da tutela dos direitos de personalidade *post mortem* e, principalmente, os limites da legitimidade de seus sucessores, dado que se tratam de direitos personalíssimos.

3.4 SUCESSÃO NA CODIFICAÇÃO DA ERA MODERNA

Em decorrência de um cenário de ascensão econômica burguesa, conjugado ao descontentamento quanto aos privilégios aristocráticos, eclodiu a Revolução Francesa, evento histórico que modificou significativamente os Direitos das Sucessões, na medida em que foi instalada uma nova ordem social em que o poder passou a ser mediado pela lei, não mais pelo arbítrio, como lecionou Pietro Barcelona.

El escenario en el que se desarrolla este proceso, que es a la vez historia de los conceptos e historia social, conserva sin embargo los signos de su origen: la victoria de la burguesía sobre las antiguas clases aristocráticas y la construcción de un nuevo orden de la sociedad nacida de la 'revolución'. La lógica propietaria está ya incorporada al sistema y garantiza su reproducción ilimitada, pero gobierna rígidamente su compatibilidad. (...) La ley gobierna la conducta de los hombres, a diferencia de como ocurría en épocas anteriores, no tan remotas, cuando el poder de los hombres se ejercía directamente sobre otros hombres sin la mediación de procedimientos ni criterios legalmente verificables.⁷¹³

A ideia de uma sociedade dividida em castas, como ocorria na Idade Média, em que reis, senhores e vassalos desempenhavam diferentes níveis de poderes sobre as propriedades fundiárias, foi superada à luz de princípios como a igualdade, a liberdade e a fraternidade. O

⁷¹² Ibid., p. 22-23.

⁷¹³ BARCELONA, Pietro. **El Individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996, p. 21-24.

indivíduo passou a ter sua autonomia da vontade, sendo livre para dispor sobre si, diversamente do que ocorria anteriormente.

I libri di storia registrano un'evoluzione 'dagli *status* al contratto', dalla situazione in cui il singolo, all'atto della nascita, era collocato in una determinata casta sociale, cui erano collegati diritti e doveri – si pensi alla posizione del 'servo' nel Medioevo – alla situazione in cui, essendo stati proclamati i principi di eguaglianza, libertà, e fraternità della Rivoluzione francese, il singolo poteva disporre liberamente di sé, e quindi vincolarsi sollo sulla base di un atto di propria volontà. È questo – come si riconosce universalmente – uno dei massimi risultati dell'Illuminismo e della Rivoluzione borghese.⁷¹⁴

O conceito de propriedade foi modificado, em face da multiplicidade de proprietários rurais pois, com o fim do feudalismo, a propriedade havia sido transferida àqueles que conservavam o domínio útil da terra.

En principe, la Révolution avait mis fin à toutes les concessions de terre entachées de la moindre trace de féodalité, en transférant la propriété à ceux qui détenaient le domaine utile sous l'Ancien Régime. Tous les autres baux non translatifs de propriété ne donnaient plus lieu qu'à un droit de créance et les concessions perpétuelles étaient interdites par la loi 18-29 décembre 1790 qui limitait la durée des baux à rente à quatre-vingt-dix-neuf ans ou trois vies et déclarait les rentes foncières essentiellement rachetables.⁷¹⁵

Natalino Irti denominou este período de “mondo della sicurezza”, o mundo da segurança, em que os valores eleitos devem ser observados por toda a sociedade e o indivíduo arriscava-se ao sucesso e ao insucesso.

Il senso di sicurezza nasce dalle strutture profonde della società. La borghesia, uscita vittoriosa dalla grande Rivoluzione, è la nuova classe dirigente: élite portatrice di una tavola di valori, in cui tutta la società è chiamata a riconoscersi. Questo carattere distingue radicalmente la borghesia europea da altre minoranze storiche o gruppi egemoni: la tenace fedeltà ad una visione generale della vita, ad una 'filosofia' che sostiene e spiega l'esercizio del potere. Il valore originario e fondamentale è costituito dall'individuo, dalla sua capacità di espandersi sulle cose esterne, di correre il rischio del successo o dell'insuccesso, e così di inserirsi nell'operosa continuità delle generazioni.⁷¹⁶

Nesse novo cenário, as grandes discussões havidas não eram de caráter formal. O que se buscava era a construção de um novo direito sucessório, sendo afastado todo e qualquer meio que pudesse promover tratamentos diferenciados, seja através de testamentos ou sucessões especiais, na lição de João Gomes da Silva.

⁷¹⁴ ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Elementi di diritto privato**. Roma-Bari: Laterza, 2001, p. 69.

⁷¹⁵ HALPÉRIN, Jean-Louis. **Histoire du droit privé français depuis 1804**. Paris: PUF, 2001, p. 127.

⁷¹⁶ IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999, p. 21.

O criticismo era, como vimos, primordialmente político, e não técnico. O pensamento revolucionário insurgia-se contra os efeitos do direito das sucessões, não contra o seu caráter mais ou menos complicado. Mas atingir o fim pretendido, a igualdade entre os sucessíveis, implicava alterar o direito sucessório. Os meios técnicos que permitiam a desigualdade entre os filhos eram as sucessões especiais, a vinculação do patrimônio e a liberdade de dispor por morte. Impondo a lei que todos os herdeiros sucedessem por igual, impedindo que o autor da sucessão pudesse, por qualquer modo, criar desigualdades relevantes e, extinguindo todas as formas de sucessão especial, atingia-se, de novo, uma concepção unitária do patrimônio para efeitos sucessórios.⁷¹⁷

O direito anterior era considerado “um labirinto” e, face sua difícil compreensão, dada as suas mais variadas espécies e classificações quanto aos bens, além dos critérios da masculinidade e da primogenitura.⁷¹⁸ Dessa forma, retomou-se a concepção unitária do patrimônio, sendo revigorada a ideia de que os herdeiros eram os continuadores da pessoa do “de cujus, na linha romana clássica de sucessão universal”.⁷¹⁹ Inclusive, na linha da *saisine*, como ensinaram Mazeaud e Mazeaud.

Il a voulu que, non seulement en droit, mais en fait, il n’y ait pas de hiatus, c’est-à-dire que quelqu’un, choisi parmi les successeurs, se trouve provisoirement placé en fait à la tête de l’ensemble du patrimoine, même des biens qui ne doivent pas lui revenir. Celui-là pourra donc se mettre en possession des biens de la succession, les appréhender, dès le décès, sans avoir aucune formalité à accomplir, ni aucune autorisation à demander. On dit que ce successeur a la saisine. Si l’on veut employer un langage plus précis, on dira qu’il est saisi de plein droit.⁷²⁰

Ainda, o Direito Revolucionário Francês estabeleceu a igualdade absoluta entre os herdeiros, inclusive entre naturais e legítimos⁷²¹, limitando a liberdade de testar, reconfigurando o direito das sucessões.

A consolidação destas propostas apenas ocorreu com a famosa – principalmente pela sua aplicação retroactiva – lei de 17 Nivôse II (6 de Janeiro de 1794): aqui estabeleceu a igualdade absoluta entre os herdeiros; reduziu-se a quota disponível a 1/10, ou 1/6 do patrimônio, consoante os herdeiros fossem parentes em linha recta, ou na linha colateral do autor da sucessão; e estabeleceu-se em definitivo, a unidade do patrimônio, declarando-se a unidade entre bens próprios e adquiridos. [...] A união do princípio da sucessão universal, de base romana, com o princípio (iluminista) da não discriminação entre os herdeiros, levou assim a uma nova configuração do direito das sucessões. [...] A ausência de sucessões especiais, e conseqüente regresso a uma visão unitária do patrimônio, no momento da morte, foi princípio geralmente adoptado, quando da codificação, no direito das sucessões continental, e permanece, ainda hoje, no seu essencial, em vigor. A sucessão por

⁷¹⁷ SILVA, 2002, p. 69.

⁷¹⁸ Ibid., p. 68.

⁷¹⁹ CAMPOS, 2004, p. 348.

⁷²⁰ MAZEAUD et al., 1999, p. 430.

⁷²¹ Ibid., p. 8.

morte é, fundamentalmente, a sucessão de um ou mais herdeiros em todo o património de uma pessoa falecida, herdeiros que simultaneamente são sucessores, cumprem legados e pagam as dívidas da herança.⁷²²

Dessa forma, a igualdade absoluta entre os herdeiros, apregoada pelos revolucionários franceses, proibia que um herdeiro fosse tratado de forma diferenciada de outro, sendo vedado, inclusive, testar a quota disponível em favor de um dos sucessores em prejuízo dos demais, senão que para um terceiro, um estranho.⁷²³ Ressalte-se que o testamento passa a ser um ato de direito privado, sendo à época mitigado seu caráter religioso, diante da laicização implantada pelos revolucionários.

Le testament n'est plus que ce qu'il est resté jusqu'à nos jours, un acte de droit privé, pour la répartition des biens du défunt. [...] Comment expliquer ce changement? On pense tout de suite au progrès de l'indifférence religieuse à l'époque des Lumières. [...] On ne peut donc expliquer la disparition des clauses pieuses du testament par une laïcisation anachronique du sentiment religieux.⁷²⁴

Outra consequência relevante é que o fim de sucessões especiais representou a extinção do sistema de sucessão dos nobres, que lhes garantiam privilégios diante daqueles que não possuíam títulos nobiliárquicos.

Les Révolutionnaires ont apportés des modifications importantes au régime successoral. Leur préoccupation dominante fut de faire régner l'égalité absolue entre les héritiers. La loi du 17 nivôse an II supprima le régime spécial aux successions nobles. [...] Elle maintint la quotité disponible, mais, par crainte de voir le de cujus avantager, elle interdit de disposer la quotité disponible en faveur de l'un des enfants: le testateur ne peut en faire bénéficier qu'un étranger. Le droit révolutionnaire proclama l'égalité des droits successoraux des enfants naturels et légitimes; la portée de cette réforme se trouvait, d'ailleurs, atténuée par le fait que la recherche de la paternité naturelle n'était pas admise. Comme le droit coutumier, la loi de nivôse an II donna la première place à la succession ab intestat. Mais elle refusa de distinguer deux successions selon l'origine des biens; elle adopta, sur ce point, le régime romain d'unité de succession.⁷²⁵

Segundo Jean-Louis Halpérin, a Revolução Francesa, denominada por ele de “Révolution Juridique”, derrubou as bases do Antigo Regime, tendo removido os obstáculos para o surgimento do primeiro Código Civil da era moderna: o Código Napoleônico, de 21 de março de 1804.⁷²⁶ Importante destacar a existência de dois momentos distintos: o Direito Revolucionário e o Direito do Código Civil Napoleônico, momentos que não se confundem,

⁷²² SILVA, 2002, p. 70.

⁷²³ MAZEAUD et al., op. cit., p. 8.

⁷²⁴ ARIÈS, 1975, p. 135-136.

⁷²⁵ MAZEAUD et al., 1999, p. 8.

⁷²⁶ HALPÉRIN, 2001, p. 15-16.

mas se relacionam. Embora tenha havido uma grande influência dos revolucionários na confecção da codificação, suas propostas não foram empregadas de forma integral quando da construção do texto legislativo final. É o que se depreende da lição dos juristas franceses Mazeaud e Mazeaud:

Les rédacteurs du Code Civil ont réalisé une transaction. Comme le droit romain et le droit révolutionnaire, ils ont maintenu l'unité de succession, rejetant, en matière successorale, la distinction des propres et des acquêts, qu'ils conservaient dans l'organisation des régimes matrimoniaux. Ils ont maintenu le principe révolutionnaire de l'égalité ; mais ils ont admis que le de cujus pouvait disposer de la quotité disponible en faveur de l'un de ses enfants aussi bien qu'en faveur d'un étranger.⁷²⁷

Dessa forma, o espírito do Código Civil Francês contava com estes ideais hibridamente reunidos, unindo o antigo ao novo.

Par un élégant balancement entre l'ancien et nouveau, Portalis suggère également que le Code civil se situe à mi-chemin de l'ancien droit et de la législation révolutionnaire, ne retenant que le meilleur de la tradition d'Ancien Régime et de l'héritage révolutionnaire. Là encore, l'on peut longuement discuter pour savoir si le Code civil est plus réactionnaire que révolutionnaire ou plus révolutionnaire que réactionnaire.⁷²⁸

Tratou-se, portanto, como revela o autor acima referenciado, de um diploma legal que estava no “meio-do-caminho”, de um “elegante balanceamento” entre o Direito do Antigo Regime e o Direito Revolucionário, na medida que abarcou ideais revolucionários e, simultaneamente, preservou tradições que se desenvolveram ao longo dos séculos. Segundo Guido Alpa, o Código Civil Napoleônico tinha tanta importância para as relações entre privados, à época, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, no que tange aos direitos políticos do cidadão.

Si deve poi rimarcare che il *Code*, fino alla caduta di Napoleone, faceva da contraltare alla *Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del cittadino* e alle costituzioni, esprimendo quindi una quasi naturale ripartizione di ruoli, essendo il *Code* rivolto alla disciplina dei rapporti istituiti tra i privati e dovendo operare nella società civile, mentre la *Dichiarazione* e le costituzioni si occupavano dei rapporti politici; dopo la Restaurazione, le costituzioni si sono modificate, il *Code* è rimasto inalterato.⁷²⁹

Dada suas características plúrimas, abrangendo veios revolucionários e de direito costumeiro, Halpérin denominou o direito sucessório do Código Civil de Napoleão de um

⁷²⁷ MAZEAUD et al., op. cit., p. 8-9.

⁷²⁸ HALPÉRIN, 2001, p. 21.

⁷²⁹ ALPA, 2000, p. XIV.

“Droit Successoral Composite”, ou seja, um Direito Composto, visto o “ecletismo na escolha de soluções”.⁷³⁰ Entre as suas disposições estavam: a) a possibilidade do pai ser o “legislateur dans sa famille”, restabelecendo a quota disponível, entendida como meio de impor a autoridade dos pais e das mães a seus filhos; b) a proibição à deserdação; c) estabelecimento de uma ordem de vocação hereditária, contemplando os filhos e os seus sucessores, pais do falecido, os colaterais privilegiados (irmãos e irmãs, bem como seus filhos) e, também, os colaterais ordinários; d) direitos limitados aos filhos naturais.⁷³¹ Com o tempo, foram reconhecidos direitos ao cônjuge sobrevivente, tais como: os decorrentes de obras artísticas e literárias do falecido, em 1866; o usufruto da totalidade dos bens, na presença de colaterais ordinários, em 1917; e, em 1930, quando, na falta de parentes sucessíveis, em uma das linhas, uma parte da propriedade plena.⁷³²

No entanto, foram mantidos direitos como a *fente*, decorrente do direito costumeiro, ligado ao feudalismo, como se depreende dos ensinamentos de Halpérin:

Le droit révolutionnaire, pourtant si critiqué para les rédacteurs du Code civil, fournit l'institution de la *fente* qui partage toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux en deux parts égales pour la branche paternelle et pour la branche maternelle. Le droit des partages est encore plus imprégné de l'esprit égalitaire venu du droit coutumier et revigoré par l'abolition des privilèges : chacun des lots doit être rigoureusement comparable aux autres et comporter « s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immuebles, de droits ou de créances de même nature et valeur » (art. 832) Ce droit successoral contrasté laissait la porte ouverte au maintien des habitudes locales et à l'initiative des pères de famille.⁷³³

A *fente* trata-se de instituto que reunia as seguintes disposições: a) ascendentes não sucedem, caso existam colaterais; b) princípio da distinção, em que *paterna paternis, materna maternis*, ou seja, os bens retornam ao patrimônio da família de onde se originou, materna ou paterna; c) princípio da representação, aplicável na linha ascendente, como colateral.⁷³⁴

3.4.1 Limites Objetivos da Sucessão

No que se refere aos limites objetivos da sucessão, o Código de Napoleão não apontava pluralidade de sistemas sucessorais quanto à natureza dos bens (móveis ou imóveis),

⁷³⁰ HALPÉRIN, op. cit., p. 30.

⁷³¹ Ibid., p. 31; 233.

⁷³² Ibid., p. 231-233.

⁷³³ HALPÉRIN, 2001, p. 31-32.

⁷³⁴ GILISSEN, 1995, p. 679.

tampouco sua origem, se proveniente do ramo materno ou do ramo paterno, para fins de transmissão.⁷³⁵ No entanto, mister referir importantes particularidades. Quanto aos bens imóveis, em face da extinção das concessões feudais, como já mencionado, surgiram inúmeros proprietários rurais que, em 1858, já atingiam a monta de treze milhões de pessoas.

⁷³⁶ A propriedade imobiliária e os bens móveis eram objeto de sucessão, que se configurava um direito absoluto, como lecionam Guido Alpa e Andrea Fusaro.

Nella definizione di proprietà prevista dall'art. 544 del *Code Napoléon* si racchiude il carattere fondamentale della proprietà borghese. Un potere assoluto sulla cosa, che consacra il proprietario come *dominus* incontrastato. E nel sistema di allora – che si direbbe certamente a dominanza privatistica – non vi è spazio per l'intervento dello Stato; o, più esattamente, l'intervento dello Stato è circoscritto ai provvedimenti di polizia e di igiene.⁷³⁷

De tal arte, a sucessão *causa mortis* podia ser legítima ou testamentária. Ocorre que, quanto aos bens imóveis, operou-se uma interessante particularidade, decorrente desta transição do regime feudal para o Código Napoleônico. As múltiplas divisões sucessórias, vedadas pelo direito medieval, visto que o feudo não poderia ser partido, e, possíveis na vigência do Código Civil da Napoleão, acabaram por gerar inúmeras pequenas propriedades rurais, que passaram a ter sérios problemas para a sua manutenção econômica. Dessa forma, para evitar o esfacelamento da propriedade, surgem leis especiais, no sentido de protegê-las, quando da partilha, na sucessão.

Les partisans d'une modification du droit des partages successoraux ne désarmèrent pas pendant les premières années de la IIIe République. Les conservateurs appartenant au mouvement de la *Réforme Sociale*, créé par Le Play, ne cessèrent de réclamer une législation s'opposant au morcellement des petites propriétés familiales. [...] Plus nouvelle est l'attitude de certains républicains, attachés au maintien du principe révolutionnaire de l'égalité, mais désireux d'aider des familles d'ouvriers et de paysans à accéder à la propriété sans risquer de voir leurs efforts anéantis par des partages successoraux ruineux. La conjonction de ces deux courants favorisa le vote de lois spéciales, aux objectifs et aux domaines d'application limités, qui commencèrent à remettre en cause les principes du Code civil sur l'indivision et le partage en nature.⁷³⁸

Nesse sentido, as soluções apontadas passam: a) pela indivisibilidade do bem ; b) pela transmissão da propriedade a apenas um dos filhos; ou, ainda, como estabelecido para as pequenas propriedades rurais e jardins abertos, a proibição destes de terem área inferior a um

⁷³⁵ Ibid., p. 688.

⁷³⁶ HALPÉRIN, op. cit., p. 121.

⁷³⁷ ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. **Le metamorfosi del diritto di proprietà**: i nuovi confini del diritto privato. Matera: Antezza, 2011, p. 173.

⁷³⁸ HALPÉRIN, 2001, p. 235.

hectare (1 ha). A partir daí, outro passo importante foi a criação, em 12 de julho de 1909, da lei do *bien de famille*, tornando a propriedade familiar impenhorável.⁷³⁹ É o que ensina Halpérin:

Un large accord avait été ainsi dégagé pour défendre le petite propriété familiale, en autorisant la constitution, par acte notarié, d'un patrimoine immobilier (masion ou portion de maison avec ou sans terre) d'une valeur inférieure à 4000 F comme bien de famille insaisissable. Au décès du constituant, le juge de paix pouvait ordonner le maintien dans l'indivision jusqu'à la majorité du plus jeune des héritiers mineurs, par exception à l'article 815 du Code civil.⁷⁴⁰

Assim, os bens imóveis, em face da extinção do sistema feudal, e pelas partilhas decorrentes de sucessões *causa mortis*, sofreram significativa diminuição de suas dimensões, verificando-se ter havido necessária intervenção estatal, através de lei, no sentido de regular e evitar a inviabilidade do desenvolvimento de atividade econômica, decorrente da exploração agrícola da terra.

Quanto aos bens móveis, também eram objeto de sucessão. Contudo, quando de alguma forma vinculados à atividade agrária, eram considerados bens imóveis.⁷⁴¹ Por sua vez, a propriedade artística e intelectual, a partir da lei de 19 de julho de 1793, com as modificações da lei de 14 de julho de 1866, passou a ser tratada como direito exclusivo do autor sobre as obras durante a sua vida, concedendo aos herdeiros direito sobre as mesmas durante cinquenta anos após a morte do antecessor.⁷⁴²

Importa destacar, por derradeiro, que o Código Civil Napoleônico foi fruto de uma busca pela afirmação de direitos nacionais, ou seja, não se tratou de um evento isolado, mas o início para a consecução de um movimento codificador, como leciona Jean-Louis Thireau.

Le déclin des droits 'universels' a favorisé la naissance et l'affirmation des droit nationaux. L'évolution a été plus ou moins rapide selon les pays, en fonction de l'état d'avancement de leur unification politique. Très precece em Angleterre et en France, elle a été plus tardive en Allemagne et en Italie. Néanmoins, au XVIIIe siècle, l'existence d'un droit propre à chaque État ou à chaque nation apparaît presque partout acquise et commence à se concrétiser dans le mouvement de codification qui s'amorce à cette époque.⁷⁴³

⁷³⁹ Ibid., p. 236.

⁷⁴⁰ Ibid., p. 236.

⁷⁴¹ HALPÉRIN, 2001, p. 122.

⁷⁴² Ibid., p. 139.

⁷⁴³ THIREAU, Jean-Louis. **Introduction historique au droit**. Paris: Flammarion, 2003, p. 239.

Portanto, a ideia de que para “um Estado, um Código”⁷⁴⁴ expandiu-se: para a Itália, em 1865; para Portugal, em 1867⁷⁴⁵; para Alemanha, em 1900⁷⁴⁶ e, posteriormente, para o Brasil, em 1916, codificação na mesma linha da aplicada na França, com características patrimonialista, ruralista e individualista.⁷⁴⁷

3.5 DIREITO SUCESSORAL TELEMÁTICO NA VISÃO DA PÓS-MODERNIDADE

O Direito Sucessoral Telemático deve se voltar à construção de limites positivos e negativos de acesso e partilha acerca dos dados deixados pelo falecido aos seus herdeiros, na rede mundial de computadores, tendo como critério o direito de privacidade, voltando-se, neste particular, à *Cloud Computing*.⁷⁴⁸ Ocorre que, por ocasião da morte, o corpo físico é enterrado, ou mesmo cremado, e, ao receber suas últimas homenagens, desaparece do mundo real; no entanto, no que toca ao corpo virtual, este prossegue vicejante, imune ao tempo, ao desgaste, exibindo-se através de cores, sons, dados, criando e recriando sua imagem, enfim, sua memória. A memória se prolonga, com a *Cloud Computing*, na medida em que os registros são mais numerosos e, cada vez mais, oferecendo melhor qualidade.

A análise a que se propõe realizar deve ser feita ambientada na Pós-Modernidade, período histórico que ora se experimenta, marcada pelo pluralismo, pela comunicação, pela narração e pelo retorno dos sentimentos, tendo como guia os direitos humanos, conforme Claudia Lima Marques.

O mestre Erik Jayme destacou quatro elementos da pós-modernidade que têm efeitos no direito privado, o pluralismo (de agentes, de sujeitos de direito, de fontes e de vínculos no mesmo contrato, a criar a necessária nova visão complexa e plural de um diálogo das fontes e de um conjunto contratual e de feixes de deveres em cada

⁷⁴⁴ CAENEGEM, 2000, p. 175.

⁷⁴⁵ Importante referir que Portugal aplicou ao longo de séculos as Ordenações, quais sejam: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. Eram de viés medieval, tendo as Ordenações Filipinas sido aplicadas em território brasileiro até o momento anterior à vigência do Código Civil de 1916. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928, p. 50.) Portugal também trilhou os diversos momentos históricos, com as diferenças decorrente da natureza da filiação, bem como havendo a coexistência com o sistema sucessório especial de morgados e bens enfitêuticos. Ao longo do tempo, o direito sucessório se modificou, inclusive, com a Reforma da Constituição da República Portuguesa, em 1977, caminhando para o princípio da igualdade entre os herdeiros. (COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 62-73; 189-195)

⁷⁴⁶ CAENEGEM, op. cit., p. 175.

⁷⁴⁷ REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12.

⁷⁴⁸ DELPIAZZO; VIEGA, 2004, v. 1, p. 66-67. Nas palavras do autor: ‘Su calificación como telemático deriva de la aplicación de la expresión ‘telemática’, la cual fue inicialmente usada por los autores del informe presentado en 1978 al entonces Presidente de Francia, Valery Giscard d’Estaing, y publicado ese mismo año bajo el título de ‘La informatización de la sociedad’, para designar la imbricación creciente de los computadores y de las telecomunicaciones.’

relação de consumo), a comunicação (a destacar a importância dos deveres de informação, da transparência ou *disclosure* frente ao consumidor e a nova visão do contrato como informação, como perenização dos deveres e direitos acertados, como [forma]lidade in[forma]tiva), a narração (a procura de uma nova legitimação na própria forma de legislar, narrando os objetivos na própria lei, como no art. 1.º e 4.º do CDC, revalorizando a interpretação teleológica, revelando os objetivos do legislador e abrindo espaços, em conceitos indeterminados e cláusulas gerais, para a concretização pelo intérprete, cada vez mais com uma posição ativa na criação da resposta justa e útil) e, por fim, o retorno dos sentimentos (o lado negativo, irracional, emotivo e subjetivista do direito pós-moderno, que traz insegurança e uma complexidade impar de teorias, métodos, caminhos e opiniões a seguir e que resume o imponderável - para alguns, inaceitável - subjetivismo fragmentário de nossos tempos). O Leitmotiv do direito destes tempos, a palavra-guia, são os direitos humanos (Menschenrechte).⁷⁴⁹

Assim, relevantes modificações se operaram, exigindo uma nova compreensão do direito das sucessões, em face da sucessão telemática, identificando-se, pelo menos, três dos elementos acima transcritos: a) o pluralismo, as questões não se subsomem mais apenas aos herdeiros, passando a relação ser plurilateral, dada a existência de provedores de conteúdo, bem como, em alguns casos, diferentes ordens jurídicas, envolvendo diversas pessoas jurídicas de direito público externo; b) a comunicação, eis que com a morte do usuário não pode ocorrer simplesmente a extinção de todos os direitos de acesso e partilha, havendo a necessidade de transparência nas relações, dever de informação sobre o que foi armazenado, sobretudo, em face da vontade do falecido e dos efeitos que a lei dispõe em favor de sucessores legais; c) a narração, buscando-se dar ênfase ao objetivo da norma, independente da existência de sujeitos de direito, vertendo-se a uma visão objetivada e principiológica. Tudo isto à luz da centralidade da pessoa humana e seus correlatos direitos, enfim, dos Direitos Humanos.

Cumprido destacar que, na Pós-modernidade, os antigos diários com anotações personalíssimas guardadas a sete chaves, revelando gostos, pensamentos, inclinações, confissões religiosas, ou seja, toda a ordem de dados sensíveis, tendem a migrar do mundo físico ao digital, em que as delicadas chaves são substituídas por senhas. Dados que ora se tornam indestrutíveis, que o tempo não apaga, restando intactos e legíveis, pelo transcorrer dos séculos, praticamente imunes a elementos físicos, químicos ou biológicos. Nessa mesma linha, bens de natureza patrimonial que, por lei, são objeto de partilha, como as obras artísticas, literárias, científicas, se manifestam em um novo meio, deslocando-se do corpóreo ao virtual. O famoso fotógrafo que, durante toda a sua vida, reuniu amplo acervo de imagens, não mais o guarda nos antigos escaninhos ou nos típicos armários acinzentados, ao fundo de seu estúdio, longe dos olhos de seus clientes. Tampouco destaca um ambiente especial,

⁷⁴⁹ MARQUES, 2011, p. 3-4.

afastado de qualquer iluminação para guardar os negativos, mas armazena-os digitalmente em um banco de dados. Da mesma forma, o advogado, profissional liberal, que, durante uma vida, construiu um extenso banco de petições por não mais confiar em arquivos que mofam e estão sujeitos às traças, arquiva-os digitalmente, para que possam ser aproveitados em próximos casos, adaptando-os às novas realidades que se apresentam. Por sua vez, o arquiteto, aos poucos, distanciou-se do nanquim e do papel-manteiga, preferindo a tela do computador ao desenho à mão livre, projeta em programas especializados, armazenando-os em arquivos digitais. Enfim, parte relevante de dados personalíssimos ou de cunho patrimonial, não são mais fisicamente acessíveis, dependendo do mundo virtual.

Isto implica em mudanças no comportamento dos sucessores, após a morte do autor da herança. Passados alguns dias do falecimento, a família se reúne, novamente. Não mais para somente dividir os bens corpóreos – imóveis, automóveis, créditos, até os próprios bens pessoais do falecido, como seus óculos, anéis, cachimbos, bengalas – de acesso físico e direto pelos sucessores, pelo ingresso ao ambiente doméstico do falecido, mas devem se preocupar com outra realidade: a virtual. Novas portas devem ser transportas, cujos acessos não dependem somente da vontade dos herdeiros, nem da força física de um chaveiro ou de um arrombamento consentido e lícito para a tomada de posse dos seus sucessores, mas mediada por uma pessoa jurídica, um provedor de conteúdo, que armazena dados em uma *Cloud Computing*.

Este, em verdade, é o grande desafio da Sucessão na *Cloud Computing* – estabelecer os limites positivos e negativos de acesso, à luz do direito de privacidade, sobretudo, respondendo a um importante questionamento, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro: Os direitos de personalidade *post mortem* e, neste particular, o direito de privacidade, poderiam vedar o acesso aos próprios herdeiros dos dados na *Cloud Computing*? É o que se passará a analisar.

3.5.1 Direito das Sucessões brasileiro e o caminho à Pós-Modernidade

O olhar histórico desenvolvido proporcionou importantes esclarecimentos, na medida em que, ao longo dos séculos, pôde-se perceber que o Direito das Sucessões acabou por atender às necessidades que o meio social de cada época exigia. Há que se deixar claro que não se trata aqui de estudar a história para criticá-la sem responsabilidade, como muitos o fazem, pois, afinal, quem a construiu foram as “nossas” gerações passadas. Tataravôs, tataravós, bisavôs, bisavós, avôs, avós, enfim, seria leviano chamar “nossos” entes queridos

de hipócritas, inclusive, pecar-se-ia por anacronismo, diante da realidade que experienciaram. Pelo contrário, observar seus passos trilhados é compreender o passado, conquistar o presente e alçar-se ao futuro.

É nesse sentido que, assim como se deu em contexto mundial, no Brasil, o primeiro Código Civil, de 1916, sob a influência do Código Civil Napoleônico, apresentou soluções individualistas, com base no patrimônio e a partir de uma sociedade que vivia no mundo rural. Naquela época, o indivíduo deveria ser protegido, em face do conflito que havia entre “Estado-Cidadão”,⁷⁵⁰ consubstanciando-se o Código na “Constituição do Direito Privado”⁷⁵¹. Como consequência, dado o caráter patrimonial no Direito Civil, o vetusto diploma de 1916 silenciou-se relativamente à tutela dos direitos de personalidade dos vivos e, por conseguinte, também não a tratou relativamente aos mortos, como destacado por Clóvis Veríssimo do Couto e Silva.

Os códigos civis não prevêm, em geral, o direito de personalidade, salvo os mais modernos, como sucede com o Código Civil italiano de 1942, ou o Código Civil português, de 1966. A tutela dos direitos de personalidade, dos direitos à vida e à honra e aos segredos da vida pessoal ou íntima, é um fenômeno moderno. Os códigos civis mais antigos, compreendendo entre eles o Código Civil brasileiro, dispõem somente a respeito da tutela da honra. Assim, o Código Civil brasileiro possui disposição sobre a reparação civil no caso de injúria e de calúnia, violência sexual, sedução, ou de prisão privada, denúncia caluniosa seguida de prisão ilegal etc.⁷⁵²

Este abismo entre o Código Civil de 1916 e as Constituições pretéritas tornava o direito das sucessões extremamente patrimonialista. Resumia-o à divisão econômica dos bens e mera identificação dos destinatários dos mesmos. No entanto, em nível mundial, paulatinamente, operava-se a aproximação entre as codificações civilistas e suas respectivas constituições, no fluxo do fenômeno denominado de constitucionalização do direito privado, como revela Patti.

La Costituzione da parte sua, quale legge moderna, che raccoglie principi e racchiude valori non presenti nel codice civil, è servita a illuminare l'applicazione delle norme civilistiche. Adesso, ci avviamo ad una fase ulteriore, una fase che deve tenere conto della necessità dell'unificazione dei sistemi di diritto privato in Europa, e all'affermazione di comuni principi costituzionali che tutelino soprattutto la dignità e la libertà della persona.⁷⁵³

⁷⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 126.

⁷⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 2.

⁷⁵² COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Organização de Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 229.

⁷⁵³ PATTI, Salvatore. **Codificazioni ed evoluzione del diritto privato**. Roma-Bari: Gius, Laterza, 1999, p. 35.

Karl Larenz, nesse mesmo sentido, ensinou:

De acordo com isto, toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração, como vimos, a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação da causa. Além disso, como vimos também, o ordenamento jurídico no seu conjunto, ou pelo menos grande parte dele, está subordinado a determinadas ideias jurídicas directivas, princípios ou pautas gerais de valoração, a alguns dos quais cabe hoje o escalão do Direito Constitucional.⁷⁵⁴

Nesse sentido, o Direito Público passou a conectar-se mais profundamente com o Direito Privado, rompendo a membrana que até então era impermeável. Com o advento da Constituição 1988, uma “nova tábua axiológica”⁷⁵⁵ passou a reger o ordenamento jurídico pátrio, sendo que o direito de herança, de forma inédita, passou a figurar, de forma ampla, entre os direitos e garantias fundamentais, em seu artigo 5º, XXX.⁷⁵⁶ Manifestou-se, portanto, sob o aspecto formal e material, na ordem jurídica brasileira, o fenômeno da constitucionalização do direito privado, respectivamente, ao constar literalmente a expressão “direito de herança” no texto constitucional, bem como ter sido elencado entre os valores que figuram no rol de direitos e garantias fundamentais. É bem verdade que, no mesmo artigo, também figura o dever de sigilo, a teor de seu inciso XII. De forma visionária, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva já vislumbrava a vocação do Código Civil de 2002 ao, em análise ao seu projeto, acenar fortemente o progresso havido em direção à visão personalista, exatamente em face da comunicação entre os planos constitucional e infraconstitucional.

O Projeto do Código Civil brasileiro previu a proteção do *right to privacy*, da intimidade das pessoas, de seus documentos pessoais, seus aspectos, bem como de sua imagem, salvo se houver necessidade de publicá-los, em razão de grande interesse público ou de necessidade decorrentes da administração da justiça. O Código Civil brasileiro havia considerado tão-somente, hipótese de direito de personalidade, restritas aos casos tradicionais de proteção contra os atos injuriosos ou situações semelhantes. A CF do Brasil, art. 5º, X, passou para o plano constitucional os princípios constantes do projeto de Código Civil, dando-lhes, é verdade, uma nova formulação, mas com identidade de conteúdo.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005, p. 621.

⁷⁵⁵ TEPEDINO, 2008, v. 1, p. 476.

⁷⁵⁶ Importante salientar que na Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, havia apenas referência, como direitos e garantias individuais, aos direitos de herança decorrentes de direitos autorais: “Artigo 153, § 25. Aos autores de obras literárias, artísticas e científicas pertence o direito exclusivo de utilizá-las. Esse direito é transmissível por herança, pelo tempo que a lei fixar.” (BRASIL, 1967).

⁷⁵⁷ COUTO E SILVA, 1997, p. 229.

É importante salientar que, no cenário pretérito, a busca pela visão personalista encontrava resistência na literalidade da codificação de 1916, fazendo-se necessário estabelecer o “diálogo das fontes” com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 para atingir a adequada interpretação. Claudia Lima Marques salienta a importância do diálogo das fontes para a coerência do sistema, com método a fim de colocar a pessoa humana como centro.

O diálogo das fontes é iluminado pelos valores constitucionais e direitos humanos ou fundamentais. Realmente, o diálogo das fontes – como método – valoriza os valores constitucionais que iluminam esta solução de coerência restaurada do sistema, de um direito privado que coloca a pessoa humana em seu centro, como ensina o grande jurista latinoamericano Jorge Mosset Iturraspe.⁷⁵⁸

Segundo Perlingieri, há que ser feita uma releitura das relações econômicas, modificando seu eixo, passando a analisá-las não sob o viés eminentemente patrimonialista, migrando para uma visão em que a pessoa humana seja o centro.

Neste contexto, as relações entre o público e o privado, indivíduo e sociedade, política, economia e direito assumem valor paradigmático de uma ordem geral em que as escolhas de fundo, inspiradas na superação do estadismo, do monismo ideológico, do individualismo e do corporativismo, do liberalismo, do marxismo, caracterizam também a obra do jurista, voltado para capturar o movimento real, mas sempre ancorado na visão do mundo, fundamento do pacto de convivência. A centralidade do valor da pessoa impõe reler as relações econômicas e, sobretudo, aquelas macroeconômicas, em uma chave moderna, onde a tutela da saúde, do meio ambiente, a paisagem são indispensáveis para o total desenvolvimento da pessoa. Nisto está a razão primeira da tendência que, estratégica e provocativamente, se propõe a “despatrimonialização” do Direito Civil atavicamente baseado na centralidade das relações patrimoniais.⁷⁵⁹

Passa-se, portanto, a uma nova visão humanista, figurando a pessoa como centro, de forma completa e integral, dos mais diferentes matizes, idades, projetos de vida, níveis de saúde, como arremata Jorge Mosset Iturraspe.

En la tercera etapa, en la cual transitamos, no sin críticas o pretensiones de retroceso, se mira a la persona humana de una manera más completa o integral, en todas sus posibilidades, aptitud o matices: al hombre en todas sus edades; en el ejercicio de las más amplias libertades; respetando todos sus proyectos de vida; resguardando su salud física, psíquica; la juventud y la ancianidad; la vida sexual y de familia; la vida de relación; su aptencia de belleza o al menos de armonía física; su intimidad; en su capacidad laboral genérica y específica; como trabajador y como desocupado; en

⁷⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima. O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito. In: DIÁLOGO das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17- 66.

⁷⁵⁹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, Prefácio à 1ª edição italiana, p. 57.

quehaceres en beneficio propio, como el del ama de casa – casalinga, para os italianos y femmes au foyer, para los franceses – o en beneficio de terceros, y, en síntesis, se pone de resalto el valor espiritual, afectivo, sentimental de la vida humana. Es la nueva visión humanista del Derecho.⁷⁶⁰

Com o advento do Código Civil de 2002, aportou no ordenamento pátrio, de forma positivada, relevante plexo principiológico. A função social, a boa-fé objetiva e a concretude do Direito revelaram-se, respectivamente, pelos vetores da socialidade, eticidade e operabilidade, nos ensinamentos de Miguel Reale⁷⁶¹ Inúmeros dispositivos do Código Civil guardam características dos precitados vetores, como se verifica pela introdução inovadora, no Código Civil de 2002, de um capítulo próprio dos “Direitos de Personalidade” (entre os artigos 11 e 21), seguido de outros dispositivos como a função social do contrato (421), da propriedade (1.228 e parágrafos), entre outros. A inserção destes dispositivos, em nível de codificação, demonstra o acompanhamento do diploma civil ao movimento mundial, privilegiando o “ser” em detrimento do “ter”⁷⁶², alcançando este fluxo todos os ramos do direito privado, inclusive, o direito das sucessões.

No que toca à morte, matéria que, em regra, é própria ao direito das sucessões, foram introduzidos interessantes artigos acerca dos direitos de personalidade relativos ao morto, especialmente, os artigos 12, *caput* e parágrafo único e 20, *caput* e parágrafo único, do Código Civil brasileiro. Em ambos os casos, há expressa referência a direitos de personalidade e ao morto, sendo fruto de instigantes debates jurídicos sobre a matéria. De pronto, apenas para iniciar a discussão, pode-se vislumbrar duas interpretações ambivalentes: que os vivos defendem o direito de personalidade do próprio morto, em face da sucessão havida, subentrando em sua personalidade, à luz das antigas fórmulas estudadas; ou, ainda, a violação havida atinge a direito próprio e originário do sucessor, já que o morto não mais tem capacidade jurídica, não é mais uma pessoa. O que é indiscutível é que estão legitimados os familiares indicados, na forma da lei.

Além da defesa dos direitos de personalidade pelos herdeiros, os desafios impostos estão relacionados à sucessão telemática, ou seja, o estabelecimento de regras quanto aos limites da (in) transmissibilidade de dados que são deixados pelos mortos no mundo virtual e que merecem uma destinação, neste particular, em *Cloud Computing*. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 16 de maio de 2013, em pesquisa realizada relativamente aos anos de 2005 a 2011, constatou que, entre os brasileiros de dez anos ou mais, a utilização

⁷⁶⁰ MOSSET ITURRASPE, 2002, p. 35-36.

⁷⁶¹ REALE, 1999, p. 7-12.

⁷⁶² PERLINGIERI, 2008, Prefácio à 1ª edição italiana, p. 177.

da internet aumentou de 31,9 (trinta e um vírgula nove) milhões de pessoas, no ano de 2005, para 77 (setenta e sete) milhões, em 2011.⁷⁶³ Ou seja, tendo mais que duplicado em um período de seis anos. Isto significa: blogs, redes sociais, serviços de troca imediata de texto, correios eletrônicos, acesso a bibliotecas virtuais, ambientes virtuais, lista de tarefas, armazenamento de documentos, coleções de músicas virtuais, enfim, inúmeras situações que acabam se classificando como armazenamento de dados em nuvens. O IBOPE, em 2014, aduziu que o Brasil figura na terceira posição quanto à quantidade de usuários ativos na internet, estando em primeiro lugar os Estados Unidos e segundo lugar o Japão. Contudo, como os brasileiros que acessam utilizam-na intensamente, o Brasil figura em primeiro lugar, em nível mundial, quanto ao tempo de acesso.⁷⁶⁴ No que tange à utilização de *Cloud Computing*, em que pese não estejam disponíveis pesquisas oficiais acerca da matéria, segundo o IDC, empresa de tecnologia mundialmente conhecida, o Brasil movimentou cerca de US\$ 257 milhões de dólares, em 2013, tendo previsão para o final de 2014, no valor de US\$ 798 milhões de dólares.⁷⁶⁵ O Facebook, uma das nuvens mais acessadas, em nível mundial, conta com a adesão do percentual de 80% (oitenta por cento) do total de internautas brasileiros.⁷⁶⁶ Portanto, a preocupação com o destino de dados, após a morte, passa a ter grande relevância, diante das quotidianas situações que se repetem e repetirão mais e mais, pela morte de pessoas usuárias da internet e, por conseguinte, consumidoras de serviços de armazenamento nas nuvens.

Em reportagem no Jornal Zero Hora, intitulada “Veja o que acontece com os perfis nas redes sociais quando uma pessoa morre”⁷⁶⁷, foi apresentado um infograma, pela “iinterativa” que trouxe importante esclarecimento sobre o posicionamento de grandes empresas do setor de *Cloud Computing* respondendo o questionamento: “Quem é dono de seus dados?”, referindo, ainda, qual o procedimento a ser adotado pelas empresas, em caso de morte do usuário. Estas foram as respostas:

- a) Facebook: “Você. Exceção: Se o consentimento prévio é concedido ou decretado pelo falecido, ou imposto pela lei.”;

⁷⁶³ INSTITUTO BBRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2011.

⁷⁶⁴ IBOPE. **Brasil é o terceiro país em número de usuários ativos na internet.** <<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/brasil-e-o-terceiro-pais-em-numero-de-usuarios-ativos-na-internet.aspx>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁷⁶⁵ SARMENTO, 2014.

⁷⁶⁶ MÜLLER, Leonardo. Facebook atinge 1,32 bilhão de usuários e 80% dos brasileiros na web. **TECNOMUNDO**, 22 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/facebook/60937-facebook-chega-1-32-bilhao-usuarios-atinge-80-brasileiros-web.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁷⁶⁷ CORDOVA, 2014.

- b) Twiter: “Você. Exceção: Podemos aceitar uma pessoa autorizada para agir em nome do estado ou com um familiar próximo do falecido.”;
- c) Pinterest: “Porque respeitamos a privacidade dos usuários, não podemos ceder nenhuma informação pessoal ou login da conta.”;
- d) LinkedIn: “Você. Exceção: A menos que o LinkedIn tenha firme certeza de que a divulgação é permitida pela lei ou legitimidade necessária para completude de uma requisição ou processo legal.”;
- e) Google: “Você. Exceção: Em raros casos podemos fornecer conteúdo da conta para um representante legal do falecido.”

Ressalte-se ainda que, em 13 de fevereiro de 2015, em reportagem junto à Zero Hora, foi veiculado que, nos Estados Unidos da América, o Facebook já oportunizou que o usuário escolha um “herdeiro da conta” para após a sua morte. Ainda, conforme a reportagem:

Sob uma autorização específica, também será possível fazer o download de imagens e textos da página. Será algo diferente de simplesmente usar a senha do internauta e entrar em seu perfil. Esse administrador não poderá editar o conteúdo, apagando uma foto constrangedora, por exemplo, ou ler as mensagens privadas. Os internautas podem escolher apenas uma pessoa por vez para ser a "herdeira" de seu perfil no Facebook. Mas é possível mudar de ideia: se você brigar com aquele amigo escolhido ou se divorciar, por exemplo.⁷⁶⁸

Dos posicionamentos colacionados, depreende-se a total inexistência de coerência nas respostas dadas, desde a negativa total de acesso aos dados após a morte, como no provedor Pinterest, até sua possibilidade baseada na lei, na vontade do falecido e, ainda, o inusitado critério “legitimidade necessária para a completude da requisição”, acabando por dar um tom de discricionariedade à decisão relativa ao acesso de dados pelos herdeiros.

Sendo assim, importante destacar que, da análise trazida, depreende-se que, no Brasil, está-se diante de um cenário de anomia, inexistindo regras específicas sobre sucessão telemática, não havendo disposições no Código Civil, bem como, em que pesem as contribuições trazidas ao ordenamento jurídico vigente, o Marco Civil da Internet silenciou expressamente sobre as hipóteses de morte do usuário (Lei sob o nº 12.965 de 2014).

Em pesquisa jurisprudencial, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, a partir de seu buscador, não guarda nenhum registro com a expressão “Cloud Computing” ou no

⁷⁶⁸ FACEBOOK permite escolher herdeiro da conta após morte de usuário. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/tecnologia/noticia/2015/02/facebook-permite-escolher-herdeiro-da-conta-apos-morte-de-usuario-4699800.html>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

vernáculo “computação nas nuvens”. Da mesma forma, no Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se das expressões “computação nas nuvens”, “nuvens e computação”, “cloud computing”, a resposta é “nenhum documento encontrado”. Valendo-se da expressão “provedor” e “conteúdo”, no entanto, verifica-se que este Tribunal em que pese não tenha enfrentado diretamente casos envolvendo sucessão, jurisdicinou sobre situações concretas que dizem respeito à responsabilidade de armazenamento das informações pelo provedor.

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. PROVEDOR DE CONTEÚDO. USUÁRIOS. IDENTIFICAÇÃO. DEVER. GUARDA DOS DADOS. OBRIGAÇÃO. PRAZO. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 4º, III, DO CDC; 206, §3º, V, 248, 422 e 1.194 DO CC/02; E 14 E 461, § 1º DO CPC.

1. Ação ajuizada em 30.07.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 04.11.2013.

2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de blogs pela manutenção de dados de seus usuários.

3. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omittendo. Precedentes.

4. Uma vez ciente do ajuizamento da ação e da pretensão nela contida - de obtenção dos dados de um determinado usuário - estando a questão sub judice, o mínimo de bom senso e prudência sugerem a iniciativa do provedor de conteúdo no sentido de evitar que essas informações se percam. Essa providência é condizente com a boa-fé que se espera não apenas dos fornecedores e contratantes em geral, mas também da parte de um processo judicial, nos termos dos arts. 4º, III, do CDC, 422 do CC/02 e 14 do CPC.

5. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço.

6. Recurso especial a que se nega provimento.⁷⁶⁹

No caso acima mencionado, a temática é o dever de manter as informações armazenadas, quando da tramitação de processo, que se refere a ofensas feitas de forma anônima. Ou, ainda, questões atinentes à exibição de documentos sobre a origem de mensagens de cunho difamatório.

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS - INFORMAÇÕES ACERCA DA ORIGEM DE MENSAGENS ELETRÔNICAS DIFAMATÓRIAS ANÔNIMAS PROFERIDAS POR MEIO DA INTERNET - LIDE CONTEMPORÂNEA - POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR - ACESSO AOS DADOS CADASTRAIS DO

⁷⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1417641/RJ. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 25 fev. 2014. **DJe** 10 mar. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

TITULAR DE CONTA DE E-MAIL - MANDADO JUDICIAL - NECESSIDADE - SIGILO DE DADOS - PRESERVAÇÃO - ÔNUS SUCUMBENCIAIS - CONDENAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DO PROVEDOR - PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE - AFASTAMENTO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - A presente controvérsia é uma daquelas questões que a vida moderna nos impõe analisar. Um remetente anônimo utiliza-se da Internet, para e por meio dela, ofender e denegrir a imagem e reputação de outrem. Outrora, a carta era um dos meios para tal. Doravante, o e-mail e as mensagens eletrônicas (SMS), a substituíram. Todavia, o fim continua o mesmo: ofender sem ser descoberto. O caráter anônimo de tais instrumentos pode até incentivar tal conduta ilícita. Todavia, os meios existentes atualmente permitem rastrear e, portanto, localizar o autor das ofensas, ainda que no ambiente eletrônico.

II - À luz do que dispõe o art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, infere-se que, somente por ordem judicial, frise-se, a ora recorrente, UNIVERSO ONLINE S. A., poderia permitir acesso a terceiros ao seu banco de dados cadastrais.

III - A medida cautelar de exibição de documentos é ação e, portanto, nessa qualidade, é devida a condenação da parte-ré ao pagamento dos honorários advocatícios, por força do princípio da causalidade.

IV - Na espécie, contudo, não houve qualquer resistência da ora recorrente que, inclusive, na própria contestação, admitiu a possibilidade de fornecer os dados cadastrais, desde que, mediante determinação judicial, sendo certo que não poderia ser compelida, extrajudicialmente, a prestar as informações à autora, diante do sigilo constitucionalmente assegurado.

V - Dessa forma, como o acesso a dados cadastrais do titular de conta de e-mail (correio eletrônico) do provedor de Internet só pode ser determinada pela via judicial, por meio de mandado, não há que se falar em aplicação do princípio da causalidade, apto a justificar a condenação nos ônus sucumbenciais.

VI - Recurso especial provido.⁷⁷⁰

Nesse último caso, depreende-se que o provedor de conteúdo admitiu a possibilidade de fornecer os dados, desde que por ordem judicial, a fim de preservar o dever de sigilo, nos termos do artigo 5º, XII da Constituição da República Federativa do Brasil. Daqui se colhe importante informação. Uma medida cautelosa, diante dos direitos de personalidade envolvidos. De qualquer sorte, hodiernamente, a responsabilidade civil está em evidência nos tribunais, como se revelou na jurisprudência que aplica a responsabilidade objetiva em desfavor do provedor de conteúdo.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. VEICULAÇÃO DE CONTEÚDO DIFAMATÓRIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO PROVEDOR. VALOR INDENIZATÓRIO. RAZOÁVEL.

1. Rever as conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

2. Deve o provedor, ao ser comunicado que determinado texto ou imagem tem conteúdo difamatório, retirá-lo imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano.

3. A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa, e somente comporta revisão por este Tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não

⁷⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1068904/RS. Terceira Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em: 7 dez. 2010. **DJe** 30 mar. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

ocorreu na hipótese dos autos, em que o valor foi fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

4. Agravo regimental não provido.⁷⁷¹

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, não existem casos sobre sucessão e *Cloud Computing*, somente aqueles que envolvem ofensas pela internet.

Ementa: APELAÇÃO CÍVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ORKUT. PROVEDOR DE SERVIÇO. ARMAZENAGEM DE CONTEÚDO. CRIAÇÃO DE COMUNICADA VIRTUAL. OFENSA INSERIDA POR TERCEIROS. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. Hipótese dos autos em que usuários do portal de relacionamentos Orkut criaram um fórum de discussão para denegrir a imagem do autor. Responsabilidade imputada ao servidor de hospedagem, que mesmo após ter sido notificado acerca do conteúdo da comunidade ofensiva, não retirou a comunidade do site de relacionamento. Embora o demandante tenha sustentado que formulou diversas reclamações junto ao provedor de serviço, não há como se imputar nenhum fato omissivo à GOOGLE, sobre o fundamento de que esta não teria tomado nenhuma atitude frente as notificações, pois o autor não se desincumbiu do ônus probatório de demonstrar que o provedor de hospedagem foi notificado formalmente acerca das informações veiculadas na comunidade criada para ofender a imagem do demandante. Não há que se falar em responsabilização do provedor de hospedagem, pois era imprescindível a demonstração de que houve conduta omissiva para que surgisse o dever de indenizar. De outro modo, inexistente norma que impute ao provedor de serviço o dever legal de monitoramento das comunicações, esse procedimento seria inviável do ponto de vista jurídico, pois implicaria negar aplicação ao princípio constitucional da livre manifestação de pensamento. In casu, não há como se imputar culpa ao provedor de hospedagem, pois não se verificou a ocorrência de qualquer ato ilícito, porquanto a GOOGLE se limitou a armazenar o fórum de discussão criado por terceiros no portal de relacionamento Orkut. DESPROVERAM O RECURSO.⁷⁷²

Já, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a expressão *Cloud Computing* foi levada ao crivo do Poder Judiciário pelo voto da Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, versando a ação sobre pedido de anulação de questão sobre o tema ora em comento, exigido em concurso público. Interessante colacionar o excerto da decisão que se referiu à expressão:

A afirmação foi considerada correta pela banca examinadora, consoante gabarito oficial definitivo acostado ao feito (OUT4, evento 1). Todavia, há evidente equívoco na correção da aludida questão. O Diretor Geral do Centro de Seleção e de Promoção de Eventos - CESPEUnB informou que 'o gabarito da questão é certo, pois o item afirma claramente que POSSIBILITA o armazenamento e o compartilhamento de arquivos e pastas de modo seguro, ou seja, sem que o usuário corra o risco de perder dados. O ato de armazenar na nuvem não apresenta risco de

⁷⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 305.6set. 81/RJ. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 4 set. 2014. DJe 11 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

⁷⁷² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70033203100. Nona Câmara Cível. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em: 12 maio 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

perder os dados no momento de armazenamento e compartilhamento. Outro detalhe é que os servidores de arquivos na nuvem possuem mecanismos de backup padrão e recuperação. Existe a possibilidade de armazenar de modo seguro. Existem regras rígidas para ofertar serviço de armazenamento na nuvem como: gerenciamento da segurança da informação na nuvem. Portanto, o item está correto' (INF3, evento 18). De início, destaca-se que o equívoco da assertiva não está na primeira parte da afirmação, a qual foi explicitada no parágrafo acima, no sentido de que o armazenamento em nuvem possibilita o armazenamento e o compartilhamento de arquivos e pastas de modo seguro. O que torna a afirmativa falsa é a sua parte final, de caráter explicativo, em que se assevera ' [...] ou seja, sem que o usuário corra o risco de perder dados.' Nessa perspectiva, o parecer técnico do engenheiro de computação Leonardo Bandeira Soares (OUT12, evento 1) refere que ' [...] esta afirmativa está errada, uma vez que o autor Anthony Velte (VELTE, ANTHONY. 'Cloud Computing: A Practical approach'. 2010, McGraw-Hill.) afirma que sistemas computacionais conectados à internet possuem uma vulnerabilidade intrínseca. Por exemplo, sempre existirá a possibilidade de dados armazenados em discos virtuais serem acessados por usuários não autorizados. Dessa forma, a ação ilegal de hackers é uma das principais preocupações relacionadas à segurança da informação armazenada na nuvem. Neste contexto, surge uma linha de pesquisa, na área de computação, dedicada à segurança na internet. Por exemplo, é possível encontrar artigos científicos que propõem diretivas de segurança para maximizar a integridade de dados armazenados em discos virtuais (e.g. Wang, Q. 'Enabling Public Auditability and Data Dynamics for Storage Security in Cloud Computing', IEEE Transactions on Parallel and Distributed Systems, vol. 22, 2011). Em virtude disso, se há a necessidade de pesquisar e prover diretivas de segurança para dados armazenados na nuvem, então existe risco de perda de dados'.⁷⁷³

Dessa forma, em que pese a necessidade de sua regulamentação, em face dos números acima apresentados, não existem dispositivos suficientes sobre esta temática, tampouco a jurisprudência que tenha diretamente enfrentado esta matéria, devendo, pois, neste momento, ainda primevo, inaugurar-se a construção de critério para o acesso. É o que se passa a analisar.

3.5.1.1 Relação entre os Direitos de Personalidade Post Mortem e o Direito das Sucessões na Pós-Modernidade: Direito Próprio e Norma Objetivada

No transcurso da história, pôde-se verificar que nem sempre a preocupação, no momento da morte, cingiu-se a questões meramente patrimoniais, que são próprios do direito das sucessões. Estiveram presentes também o direito ao sepultamento, à proteção ao nome, à imagem e, mais recentemente, ao direito de privacidade do falecido. Da revisão histórica realizada, foi possível identificar que, nos povos primitivos, havia a preocupação com a nova existência, com o porvir, e, no momento da morte, por ocasião de sua imunação, o morto levava consigo seus pertences pessoais. Na antiguidade clássica, o *sacra*, o *iura sepulchrorum* e o *patronatus* demonstraram interessantes discussões acerca da (in) transmissibilidade de

⁷⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível sob o n. 5004218-20.2013.404.7101/RS**. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Camiha, em 31 out. 2014. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

direitos, que eram personalíssimos, que estavam na órbita da personalidade do falecido. Na Idade Média, os títulos honoríficos e nobiliárquicos abriram dissensos acerca de serem ou não transmissíveis, dado o seu caráter personalíssimo. Modernamente, temas como a proteção à propriedade artística e intelectual, a partir da lei de 19 de julho de 1793, com as modificações da lei de 14 de julho de 1866, que concedia aos herdeiros direito sobre as mesmas durante cinquenta anos, após a morte do antecessor.⁷⁷⁴ Dessa forma, a morte traz consigo efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais, acaba por estar presente os limites entre os direitos de personalidade *póstumos* e o direito das sucessões. Na Pós-Modernidade, os desafios, no campo virtual, sobretudo quanto ao destino dos dados armazenados na *Cloud Computing*, quando da morte do usuário, merecem a adoção do critério do direito de privacidade para acesso e partilha dos mesmos. Como visto, tais dados formam a identidade digital; o corpo físico está morto, no entanto, o corpo eletrônico, nas palavras de Stefano Rodotà, prossegue. Um dos pontos-chaves para a compreensão da problemática apresentada é o estabelecimento de relações entre os direitos de personalidade póstumos, entre eles, o direito de privacidade e o direito das sucessões.

Cumprir destacar que os direitos de personalidade *post mortem*, ou póstumos, implicam no rompimento da ideia de que com a morte tudo se extingue, gerando debates e posições controvertidas. Ocorre que, em que pese o dissenso quanto à sua aceitação, de longa data, em nível mundial, a matéria vem sendo tratada pela jurisprudência. A título ilustrativo, no século XIX, mais precisamente, em 1889, o corpo do chanceler Otto von Bismarck, tendo sido fotografado em seu leito de morte, sem a devida autorização, teve sua divulgação proibida pelo Tribunal do Império. Trazendo para os dias de hoje, a nudez física se compararia à nudez eletrônica. Outro caso interessante, deu-se na Corte Constitucional Alemã, que declarou expressamente o direito de personalidade *post mortem*, no caso Mephisto, que se tratava de um romance em que a personagem se identificava com o falecido.

Entre as primeiras decisões a respeito do tema, encontra-se o caso de 1899 envolvendo o chanceler Bismarck, cujo corpo foi fotografado no leito de morte, sem autorização, tendo sido proibida pelo Tribunal do Império a divulgação das fotografias feitas. Ainda no Direito alemão, tem-se como precedente o famoso caso Mephisto, de 1968, em que o filho adotivo do ator e diretor de teatro Gustav Gröndler pleiteou a interdição do romance *Mephisto*, de Klaus Mann. A pretensão residia no fato de que a obra lesava a reputação do artista, muito embora o livro tivesse como figura central um personagem fictício, o ator Hendrik Höfgen. A Corte

⁷⁷⁴ HALPÉRIN, 2001, p. 139.

Constitucional alemã considerou, porém, existente um direito de personalidade *post mortem*, que prevalecia sobre o direito à manifestação cultural.⁷⁷⁵

Mais recentemente, o caso Caruso, na República Italiana, em que os herdeiros do tenor italiano compreenderam que o filme “Leggenda di um você” relatou fatos inverídicos e lesivos à memória do falecido, tendo a produtora do filme sido acionada.

Il caso Caruso ha avuto vicende alterne nei tre gradi di giudizio. Si trattava della realizzazione del film ‘Leggenda di una voce’ dedicato al grande tenore Enrico Caruso, in cui erano rappresentati, in modo romanzato, fatti della sua vita privata, alcuni dei quali non veritieri, che gli eredi del cantante assumevano essere lesivi della sua memoria, dell’onore e della riservatezza e pertanto avevano convenuto il giudizio la società produttrice del film.⁷⁷⁶

Ocorre que os direitos de personalidade póstumos merecem uma melhor análise, estabelecendo relação com o direito sucessório. Será que podem ser considerados no campo de direito próprio dos indicados por lei ou se tratam de direitos sucessórios?

a) Direito Próprio dos Sujeitos Indicados pela Lei

É bem verdade que a inquietação que deu gênese e propulsou o presente estudo decorreu do estudo de trechos do Tratado de Direito Privado de Pontes de Miranda, repousando aqui seu núcleo de interesse, uma vez que, à luz da vida social e do ordenamento jurídico da época, entre as décadas de 50 até 70, houve profícua preocupação sobre a morte e o fim da personalidade. Pontes de Miranda não reconheceu qualquer direito ao falecido como direito próprio, tendo defendido que, com a morte, cessam os direitos de personalidade, ora colacionado de forma mais ampla.

Com a morte, cessam os direitos, inclusive, os direitos de personalidade. Morto não tem direitos, nem deveres. Tratando-se de publicações pela imprensa (jornais, revistas e boletins, etc), a ação de retificação compulsória (Lei n. 2.083, arts. 17-25) pode ser intentada por cônjuge, ascendente, descendente ou irmão, ou irmã, do falecido ofendido, ou a cujo respeito se publicou a notícia ou enunciado não verdadeiro, se a ofensa for posterior à morte, ou anterior, se antes não se consumou o prazo para a punição para o ofendido, em vida, ou para o parente, segundo o art. 18, parágrafo único, contado da morte. A ação do art. 159 quanto à ofensa à verdade transmite-se aos herdeiros do ofensor. Se foi proposta, em vida, ação cominatória, a infração pode ser oriunda dos herdeiros ou sucessores (e.g. esses ou aqueles publicam ou reeditam livro cuja afirmação falsa foi objeto de apreciação judicial).⁷⁷⁷

⁷⁷⁵ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 109.

⁷⁷⁶ ALPA, Guido; ANDENAS, Mads. **Fondamenti del diritto privato europeo**. Milano: Giuffrè, 2005, p. 240.

⁷⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, 1955, v. 7, p. 43-44.

Nessa linha, uma vez que morto, nesta concepção, não tinha direitos, a legitimação para o exercício de qualquer ofensa a direito de personalidade, que atingisse o falecido, cabia única e exclusivamente aos herdeiros e aqueles indicados pela lei, estes que tinham legitimidade para defender um direito próprio. O autor também referiu que não havia direito de personalidade do morto quanto à imagem. Aliás, não se tratava o retrato como “direito à imagem do *de cuius*”. O familiar, a seu turno, pelo seu direito às exéquias, poderia proibir a publicação da fotografia do falecido.

Quanto ao retrato, após a morte, as pessoas que têm o dever de fazer as exéquias têm o direito a permitir, ou não, que se publique ou exponha; aliás, a que se tire a imagem (inclusive máscara) do morto. Aí não é o direito de personalidade à imagem que está em causa.⁷⁷⁸

Outro ponto muito interessante é questão atinente às cartas que, com a morte, cessavam o direito ao segredo podendo, dessa forma, ser de amplo acesso dos herdeiros, por “direito próprio e originário”.

Com a morte da pessoa, que escreveu a carta, ou gravou o disco, ou filme, cessa o direito ao segredo. Todavia, somente cessa para o que morreu, remetente ou destinatário. Quanto ao remetente premorto, não se transmite o seu direito; porque terminou com a morte. Diga-se o mesmo quanto ao destinatário premorto. Se morreram os dois, e não há outrem com o direito ao segredo, somente pode ser tutelado, com o direito à honra, ou à verdade, o direito ao sigilo; e titulares, por direito próprio e originário, são o cônjuge, o ascendente, o descendente ou o irmão) Código Penal, art. 102, § 4º). Todavia, se o segredo é tal que tenha valor patrimonial, os herdeiros do remetente ou do destinatário têm o direito ao segredo, como incluso no seu direito patrimonial. Quem quer que divulgue ‘sem justa causa’, conteúdo de documento particular, ou de correspondência confidencial (aqui a confidencialidade é elemento do suporte fático do ato ilícito), de que é detentor, comete ato ilícito civil e crime (cf. Código Penal, art. 153).⁷⁷⁹

Na compreensão pontiana do fenômeno em comento, com a morte do falecido, automaticamente estariam aptos os herdeiros a terem acesso aos segredos e se apossarem dos dados e informações existentes que eram de titularidade do falecido. Isto decorre da tradição jurídica que se desenvolveu ao longo do tempo que, ao invés de limitar, preocupou-se em alargar direitos próprios e originários aos sucessores, inclusive para que estes pudessem ter acesso e defenderem os direitos decorrentes de violação à memória do falecido. O morto em

⁷⁷⁸ PONTES DE MIRANDA, 1955, v. 7, p. 65.

⁷⁷⁹ Ibid., p. 135.

si, nesta linha, não merece proteção, porque não é sujeito de direitos. A memória era defendida, em face da projeção e o sofrimento que pudessem sofrer os vivos.

Dessa forma, em suma, sua posição é no sentido de que, com a morte, cessam os direitos de personalidade, bem como a legitimação, o agir, encontram-se concentrados nas mãos dos familiares, apontados pela lei. É o que se depreende dos ensinamentos de Baillon-Wirtz, que entende que o falecido é um mero “envelope carnal”.

Le défunt a-t-il des droits posthumes? À cette question, le droit civil français répond avec conviction que l’homme après son décès, n’étant plus un être conscient mais une simple enveloppe charnelle, perd, en plongeant ‘dans le non-droit’, l’aptitude à faire naître des droits et des obligations. Néanmoins, même, s’il est vrai que la personnalité juridique disparaît avec la vie, ce n’est pas là une règle absolue. Parce qu’il est ‘l’ultime trace terrestre d’un être qui fut sans doute aimé, peut-être admiré, respecté, écouté...’, le cadavre, même réduit à l’état de chose, ne peut être totalement soustrait à l’emprise du droit.⁷⁸⁰

Pelo que se vê, comparando o ponto de vista da época e o Código Civil de 2002, não existem grandes dissensos, pelo menos sob o viés prático, pois tal direito é alcançado a familiares específicos, conforme rol estabelecido em lei, a possibilidade de agir e de buscar direito próprio, atinente à ofensa a direitos de personalidade referente à memória do morto.

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Importa destacar que o entendimento acerca da extinção dos direitos de personalidade com a morte não é ultrapassado, dado que doutrinadores da atualidade defendem-no, como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal.

Os lesados indiretos são as pessoas que tem legitimidade para requerer a medida de proteção quando o titular dos direitos de personalidade já tiver falecido. Ou seja, pode a pessoa viva defender, em nome próprio, um direito próprio de personalidade consubstanciado em resguardar a memória da personalidade de alguém de sua família que já faleceu. É a hipótese do filho que defende, judicialmente, a honra ou a imagem do pai falecido, indevidamente violados após o óbito. Nesse caso, insista-se,

⁷⁸⁰ BAILLON-WIRTZ, Nathalie. **La famille et la mort**. Paris: Defrénois, 2006, p. 259.

o titular defende um direito próprio, até porque o morto já não mais titulariza qualquer direito da personalidade.⁷⁸¹

Para ilustrar, no Brasil, tem-se o caso do livro que trouxe detalhes da vida do jogador Garrincha, em que havia a descrição da genitália do atleta, gerando demanda judicial, tendo em vista que autor e editor teriam agredido “com tamanha violência a intimidade do ídolo mundial”, figurando como demandantes as filhas do falecido, conforme referido por Anderson Schreiber.

Proezas de Garrincha e a proteção *post mortem* da privacidade (...) A decisão foi proferida em ação judicial movida pelas filhas do falecido jogador. Segundo as autoras, o livro ‘agride com tamanha violência a intimidade do ídolo mundial’ que chega a descrever de ‘modo chulo’ as ‘particularidades físicas da genitália de Garrincha, tudo isso com o objetivo de tornar atraente o livro e alcançar o lucro objetivado pela ré (editora) e seus sócios nessa lamentável empreitada.’ Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça analisou o caso, em sede de recurso, e concluiu que as filhas de Garrincha faziam jus à indenização por danos materiais e morais. No dizer da corte, ‘não deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenes lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta’. A decisão como se vê, acaba por tratar exclusivamente da honra e da imagem, perdendo a oportunidade de enfrentar diversos aspectos controvertidos em relação à proteção *post mortem* da privacidade.⁷⁸²

Importante destacar que o exercício do direito de ação pelos herdeiros do ofendido, sob a forma de proteção à lesão ao direito de personalidade do morto, vem sendo amplamente aceito pelo Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO CELEBRADO APÓS A MORTE DO USUÁRIO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EFICÁCIA POST MORTEM DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA DA VIÚVA PARA POSTULAR A REPARAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS À IMAGEM DO FALECIDO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL.

1. Contratação de cartão de crédito após a morte do usuário, ensejando a inscrição do seu nome nos cadastros de devedores inadimplentes.
2. Propositura de ação declaratória de inexistência de contrato de cartão de crédito, cumulada com pedido de indenização por danos morais, pelo espólio e pela viúva.
3. Legitimidade ativa da viúva tanto para o pedido declaratório como para o pedido de indenização pelos prejuízos decorrentes da ofensa à imagem do falecido marido, conforme previsto no art. 12, parágrafo único, do Código Civil.
4. Ausência de legitimidade ativa do espólio para o pedido indenizatório, pois a personalidade do "de cujus" se encerrara com seu óbito, tendo sido o contrato celebrado posteriormente.
5. Doutrina e jurisprudência acerca do tema.

⁷⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Salvador: JusPodium, 2013, p. 204.

⁷⁸² SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 146. SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. Bahia: Jus Podium, 2013, p. 204.

6. Restabelecimento dos comandos da sentença acerca da indenização por dano moral.

7. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.⁷⁸³

Dessa forma, é possível concluir que, no que tangem aos artigos 12 e 20 do Código Civil, em seus parágrafos, está-se diante de hipótese de defesa de direito de personalidade *post mortem*, ou seja, não se trata de direito das sucessões, visto que não há transmissão de direitos, já que direito próprio e originário dos sujeitos indicados pela lei, os mesmos declaram de forma inequívoca a existência de direitos de personalidade póstumos sofridos pelos familiares. Nesse sentido, referidos dispositivos se tratam de regras típicas de defesa de direitos de personalidade, portanto, sua topologia na codificação está adequada, bem como é capítulo autônomo ao direito das sucessões.⁷⁸⁴

b) Norma Objetivada

Ocorre que, em que pese não se discorde que os artigos 12 e 20 e seus parágrafos do Código Civil brasileiro se tratem de genuínas hipóteses em que o familiar legitimado exerce direito próprio, ao buscar a defesa do nome, da boa fama do falecido, entende-se não ser esta a única via de proteção ao direito de personalidade *post mortem* e, nessa linha, à privacidade do morto.

Se é bem verdade que os artigos acima mencionados exigem inarredavelmente a existência de um sujeito de direitos para o seu exercício, no caso os familiares apontados pelas normas, por outro lado, os dispositivos elevam valores que ordenamento jurídico deve proteger: a boa fama, o nome, a intimidade daquele que não mais está vivo, daquele que não é mais sujeito de direitos, ou seja, do morto. Nesse sentido, defende-se ser possível, a partir de uma visão atual do ordenamento jurídico pátrio, promover a defesa destes valores, independentemente da existência de sujeito, já que falecido, ou mesmo do interesse jurídico seus familiares.

⁷⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1209474 (2010/0148220-2 - 23/09/2013)**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteireoteor/?num_registro=201001482202&dt_publicacao=23/09/2013>. Acesso em: 14 dez. 2014.

⁷⁸⁴ A expressão “autonomia” deve ser compreendida no sentido de que é possível concluir que não se tratam de dispositivos afetos ao direito das sucessões, portanto, autônomos. Evidentemente, que o direito não pode ser visto como compartimentos estanques.

A possibilidade da defesa de direitos sem a existência de sujeitos não é matéria inédita. Robert Alexy traz a situação do nascituro que, como o morto, também não é pessoa, mas o Direito lhe alcança proteção legal.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal não é muito clara em relação à alternativa direito subjetivo ou (mera) norma objetiva. O tribunal prefere formulações e construções objetivas. Na decisão sobre o aborto ele deixa em aberto a titularidade de direitos fundamentais por parte do nascituro e escolhe uma solução objetiva em vez de uma subjetiva. Na decisão do caso Schleyer fala-se exclusivamente em dever do Estado, e não em direitos do indivíduo a proteção. Na decisão do caso Kalkar distingue-se entre direitos fundamentais e ‘deveres jurídico-objetivos de proteção, que podem ser derivados da ordem de direitos fundamentais’, o que é repetido na decisão Mülheim-Kärlich, considerada como uma continuação da linha aborto/Schleyer/Kalkar. Mas a tendência objetiva, que fica clara nessas quatro decisões, é apenas um lado da questão. Na decisão sobre o aborto, no contexto de um sopesamento, fala-se em um ‘direito do nascituro’.⁷⁸⁵

Nesse diapasão, o não-sujeito pode ser protegido por “deveres jurídicos-objetivos de proteção”, que decorrem de direitos fundamentais. A proteção do não-sujeito de direitos não se trata de situação teratológica, sob o viés jurídico, a exemplo do que ocorre com o nascituro, que, particularmente, deve ser defendido em toda e qualquer situação. Sérgio Severo, por sua vez, leciona acerca de situações em que o objeto a ser protegido guarda maior relevância que a própria análise do sujeito.

Certos interesses juridicamente protegidos revelam danos de caráter inquestionavelmente extrapatrimonial, [...], que normalmente não atingem interesses economicamente determinados ou determináveis. Essa faceta não decorre da análise do sujeito de direito, que se apresenta difuso, mas sobretudo do objeto de tutela, cujo caráter inestimável floresce do compromisso que o Estado e a coletividade assumem perante futuras gerações.⁷⁸⁶

Ademais, no direito brasileiro, podem-se elencar direitos plenamente reconhecidos àqueles que, à época colonial, eram compreendidos como “não-sujeitos”, submetidos ao regime escravagista.

O paradigma individualista e voluntarista que emerge do direito privado moderno rejeitando a identificação de vulnerabilidade (*vulnus, vulnerare* : aquele que pode ser ferido), fraqueza de indivíduos ou grupos, ainda que em muitas situações não se tenha hesitado em conferir mesma eficácia de incapacidade em razão do sexo (assim o *status* jurídico da mulher no direito privado clássico), ou a identificação de um não

⁷⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 452.

⁷⁸⁶ SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 200.

sujeito nas hipóteses de escravidão de humanos, como no Brasil se estabeleceu em razão do critério raça.⁷⁸⁷

Pierangelo Catalano, de igual forma, aventa acerca do arcabouço teórico que envolve a teoria do “direito sem sujeito”.

Ma più frequentemente, in Europa, l'introduzione dei concetti astratti di 'persona', 'personalità', 'soggetto di diritto', 'capacità giuridica' ha comportato un capovolgimento dei principi e delle norme: si è passati dalla 'parità ontologica' alla eccezionale parificazione legislativa. L'itinerario giurisprudenziale appare chiaramente nella 'teoria della finzione' del Savigny: la regola *Nasciturus habetur pro nato* sarebbe una 'semplice finzione' e quindi 'applicabile solo ad alcuni limitati rapporti giuridici'. Non è qui il luogo di discutere le diverse teorie (quella dei diritti futuri, della condizione etc.); mi limiterò ad osservare come il Windscheid, nel quadro della teoria dei 'diritti senza soggetto', sia costretto a considerare 'inesatto' il linguaggio delle *Institutiones* (2, 14, 2, ove si parla del 'servo di colui che è nell'utero) e dei Digesta di Giustiniano.⁷⁸⁸

Possível, dessa forma, a construção de um plexo de normas que defenda os direitos de personalidade do morto, enfim, os direitos de privacidade a ele correlato, independentemente da existência do sujeito, inclusive, na inexistência de familiares que lhe amparem, ou, ainda, dispondo contrariamente ao que os mesmos desejam. Tratar-se-iam de regras, como referido por Robert Alexy, decorrentes do dever do Estado ⁷⁸⁹, de proteção. Ademais, importante colacionar a contribuição de Diogo Leite de Campos, que defende a proteção a ser conferida ao morto a partir do “Estatuto Jurídico da pessoa depois da morte”, por não ter voz, por estar calado, aduzindo que, com a morte, a pessoa “na sua totalidade [...] não se extinguiu totalmente”.

Tenho dado, como jurista, voz aos mais desprotegidos, aos mais ignorados de todos, aos que não tem voz. Sobretudo a estes últimos, ao nascituro. Também aos moribundos, aos deficientes profundos muitas vezes desprezados como aqueles; aos que já morreram e se querem calados definitivamente – mas a quem nos referimos como estando vivos (Leibniz) e que aparecem a reclamar os seus direitos, um estatuto jurídico que se projecta para trás, para a vida que foi. Estatuto que garanta a pessoa na sua totalidade já que esta, pretendidamente, não se extinguiu totalmente com a morte.⁷⁹⁰

⁷⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 23.

⁷⁸⁸ CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone**: studi su origine e attualità del sistema romano. Torino: Giappichelli, 1990, p. 205.

⁷⁸⁹ ALEXY, 2008, p. 452.

⁷⁹⁰ CAMPOS, Diogo Leite de. O Estatuto Jurídico da pessoa depois da morte. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 54-63, p. 55.

O autor refere-se, ainda, à coexistência de direitos dos parentes e aqueles do próprio falecido.

Não enquanto direitos dos parentes, mas enquanto direitos do falecido. Será este o seu titular; continuam a ser direitos da (sua) personalidade, mas também direitos dos seus familiares por os interesses destes se terem automatizado depois da morte do titular dos direitos. Passando a coexistir estes com aqueles (...) Em termos de estes ocuparem todo o ‘espaço’ desta fase da vida, ao lado da ideia de perpetuação dos patrimónios assinalada tradicionalmente ao Direito das Sucessões. (...) O que está aqui em causa é a continuidade da pessoa, pelo menos para efeitos de protecção da pessoa no passado.⁷⁹¹

Hans Nypperdey, a seu turno, afirmou que os Direitos Fundamentais exercem funções simultâneas, na medida em que se consubstanciam direitos públicos subjetivos e normas objetivas e, dessa forma, no caso concreto, possível identificar a existência de um direito subjetivo dos familiares indicados por lei, bem como de uma norma objetiva, voltada à proteção do direito de privacidade póstumo.

A propriedade das determinações, reunidas no título sobre os ‘direitos fundamentais’, como direitos públicos subjetivos é somente uma de suas possíveis funções. Ao lado disso pode uma e mesma determinação de direito fundamental, simultaneamente, como já mencionado, ser garantia de instituto ou de instalação e, além disso, norma de princípio para o ordenamento jurídico todo. Norma jurídica objetiva e direito subjetivo encontram-se, por isso, frequentemente na mesma determinação de direito fundamental.⁷⁹²

Prosseguindo nesta temática, Diogo Leite de Campos preceitua não extinguir a personalidade com a morte, mas tão somente haver a extinção da capacidade jurídica, permanecendo a proteção aos seus direitos fundamentais, “objectivando-se em normas”.

A pessoa cria ‘ipso facto’ o seu estatuto jurídico, os seus direitos fundamentais: objectivando-se em normas. Antes e acima do Direito legislado: servindo de fundamento primeiro e necessário deste. Em termos de personalidade jurídica não terminar com a morte, mantendo-se em outro estado – o estado (da vida) do falecido. Extinguindo-se, sim, a capacidade jurídica de exercício de direitos.⁷⁹³

Por derradeiro, reconhece a possibilidade de existirem, inclusive, interesses conflitantes entre os seus sucessores e o morto.

⁷⁹¹ Ibid., p. 61.

⁷⁹² DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado:** textos clássicos. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2012, p. 77.

⁷⁹³ CAMPOS, 2009, p. 63.

Mas, repete-se: fá-lo-ão em nome e interesses próprios, ou por conta do falecido? Será sempre por conta do falecido, defendendo interesses do falecido na ‘fase da vida’ em que se encontra – ou, se quisermos, em atenção, por conta da pessoa que foi. Não se trata de interesse próprio que pode ser até contrário ao do falecido – suponha-se a oferta de uma elevada quantia em dinheiro por alguém que pretende atribuir, falsamente, a um antepassado, a autoria de parte ou titularidade de uma obra célebre. Mas também o fazem em nome e interesses próprios, pela sua proximidade do falecido.⁷⁹⁴

De qualquer forma, seja por esta visão, no sentido de estender os direitos de personalidade expressamente ao próprio morto, após a sua morte, ou, ainda, no posicionamento da construção objetivada de Robert Alexy, verifica-se a necessidade de proteção. Nesse caso, estas normas passariam a dialogar com direito das sucessões, como critério para acesso de dados, uma vez que limitariam positivamente, e mesmo negativamente, a partilha dos mesmos, estabelecendo relação de pertinencialidade ao direito das sucessões. Este entendimento implica em compreender o direito das sucessões sob um viés metapatrimonial, estando sensível às questões atinentes à personalidade, afinando-se ao ordenamento jurídico vigente. Não se trata de herdar atributos personalíssimos, mas dados que estejam ligados a direitos personalíssimos.

Assim como Clóvis Veríssimo do Couto e Silva identificou que o direito de família divide-se em direito pessoal e patrimonial⁷⁹⁵, também aqui se poderia, no direito das sucessões, reconhecer o direito das sucessões como patrimonial e metapatrimonial ou extrapatrimonial, desbordando da mera divisão de bens. Há que se referir que não se está defendendo posicionamento não crível já que, na história do direito sucessoral, ainda que em regra haja a predominância típica das questões patrimoniais, sob a forma atípica, admitem-se disposições sobre questões não patrimoniais, como no caso ao direito ao túmulo, à cremação, às exéquias, não sendo, portanto, incabível dispor sobre dados, inclusive, sensíveis, de natureza extrapatrimonial, havidos na *Cloud Computing*, reconhecendo, mais uma vez, a continência e a pertinencialidade ao direito das sucessões. É o que refere Guido Alpa, acerca do viés extrapatrimonial, através da sucessão testamentária.

Il testamento è un atto: - personalissimo, deve esser redatto esclusivamente dal testatore, il quale non può avvalersi di rappresentanti o di terzi; - unilaterale, che riguarda esclusivamente il testatore; l’erede, o chi ricevere per legato (legatario) non hanno alcun rapporto con il testatore: e la dichiarazione dell’erede (accettazione) è semplice dichiarazione unilaterale; libero, nel senso che volontà del testatore non può essere coartata o condizionata (di qui la nullità dei patti successori e del

⁷⁹⁴ Ibid., p. 63.

⁷⁹⁵ NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do poder familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 26, p. 89-120, 2006, p. 108.

testamento reciproco, con il quale due persone nella stessa scheda si nominano rispettivamente eredi, o dispongono delle proprie sostanze congiuntamente a favore di terzi (artt. 458, 589 c.c.); - formale, nel senso che deve essere redatto nelle forme stabilite dalla legge; - sempre revocabile, nel senso che il testatore può modificare, revocare integralmente, distruggere il testamento a suo piacimento; - a causa di morte, perché la morte del testatore giustifica l'attribuzione; di ultima volontà, perché rivela giuridicamente nei confronti dei terzi solo dopo la morte del testatore; - a titolo gratuito; a contenuto patrimoniale; - certo. Ma, come si vedrà, il testamento può contenere anche disposizioni di carattere non patrimoniale; esse sono egualmente efficaci (art. 587, 2° c., c.c.). Il testamento, nei casi limite, può contenere soltanto disposizioni non patrimoniali; esse avranno egualmente efficacia (art. 587, § 2° c., c.c.) (p. 858) Il testamento può contenere disposizioni riguardanti il cadavere del *de cuius*, che, pur essendo cosa *extra commercium*, è titolare di diritti per quanto riguarda le disposizioni concernenti la salma (ad es., l'incenerimento, la tumulazione, le esequie, ecc.).⁷⁹⁶

É o que já dispunha, no início do século XX, Windscheid, sobre o objeto de sucessão testamentária.

Nomina d'un tutore, disposizioni sopra l'educazione dei figli. Di ciò si é già parlato altri punti del sistema. Disposizioni sulle modalità della sepoltura: sull'adornamento e sulla cura del sepolcro: sopra le solennità in memoria del defunto con funzioni religiose o d'altra specie, celebrazione di messe di suffragio, erezione d'un monumento e simili; sulla assunzione del nome testatore; altre analoghe statuizioni.
⁷⁹⁷

Importante ressaltar que o direito de privacidade, como direito de personalidade, e, mais especificadamente, o direito de privacidade póstumo, dessa forma, passa a ter relevo na medida em que há um terceiro, o provedor de conteúdo, que está presente em face de uma relação contratual decorrente de uma *Cloud Computing*. Transbordando à clássica relatividade dos efeitos sucessórios entre antecessor e seus sucessores, atinge-se terceiro, qual seja, o provedor de conteúdo, que deverá administrativamente analisar o pedido de acesso aos dados pelos herdeiros, ou mesmo, ver-se submetido judicialmente, tendo o administrador do provedor ou o magistrado dirigir-se à luz do direito de privacidade.

Dessa forma, defende-se ser possível limitar o acesso aos herdeiros a dados de cunho personalíssimo, que atinjam a privacidade do falecido, mesmo em desfavor de seus herdeiros, podendo ser possível estabelecer regramentos que imponham vedação ou mesmo acesso aos dados armazenados na *Cloud Computing*. Compreende-se que o direito à privacidade, como direito de personalidade, como norma valor⁷⁹⁸, consubstancia-se em critério para acesso ou não de dados e, dessa forma, poderiam existir regras que vedassem o amplo acesso aos

⁷⁹⁶ ALPA, Guido. **Manuale di diritto privato**. Padova: CEDAM, 2013, p. 857-861.

⁷⁹⁷ WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto delle pandette**: prima traduzione sola consentita dall'autore e dagli editori. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emiligo Bensa. Roma: Unione-Tipografico-Editrice, 1904, v. 3, p. 456.

⁷⁹⁸ ALEXY, 2008, p. 452.

herdeiros de dados de cunho personalíssimo, extrapatrimonial, sob o critério da privacidade. Diante disso, assim como há possibilidade do direito de esquecimento, no caso de pessoa viva, em dados da vida pública, haveria a possibilidade de vedação de acesso aos dados pelos herdeiros, configurando uma espécie de direito ao esquecimento póstumo, decorrente do direito de privacidade póstumo, de conteúdo objetivado.

Há que se referir ainda que, enquanto não existirem normas, há que se defender este direito, à luz da privacidade estampada no ordenamento jurídico, havendo de se estabelecer critérios para quando da anomia ou inexistência de disposições testamentárias, observando o sopesamento entre os direitos à privacidade e à herança, bem como o dever de sigilo, constitucionalmente estampados.

4 NOVOS RUMOS DA SUCESSÃO TELEMÁTICA NA *CLOUD COMPUTING*

4.1 DIREÇÃO SOCIAL

O cenário apresentado exige que novos rumos sejam tomados. O número cada vez maior de serviços oferecidos através da *Cloud Computing*, com o armazenamento de toda a ordem de dados, assomado à multiplicação de usuários, estes que são seres humanos suscetíveis à morte, impõe a tomada de medidas. O ideário de que a rede mundial de computadores é um a-lugar, onde a liberdade deve ser plena, sem a intervenção do Estado, é tema superado. Há que se compreender que a telemática é um dos meios de comunicação mais eficazes e, nesse sentido, deve ser regulada pelo Estado como, em geral, são regulados os serviços de telecomunicações.

La noción de Derecho de las Telecomunicaciones, tanto como porción del ordenamiento jurídico cuanto como ciencia que tiene por objeto el estudio científico de dicha parcela del universo jurídico, puede alcanzarse a través de su objeto: las telecomunicaciones. [...] En tal sentido, es preciso tener en cuenta que, como concepto general, telecomunicación significa comunicación a distancia. (...) Si bien evidente que el Derecho de las telecomunicaciones tiene una fuerte dependencia del avance tecnológico de las comunicaciones, no puede decirse que sea un Derecho de última generación.⁷⁹⁹

Ocorre que, no Brasil, o acesso à internet e desenvolvimento de serviços ou aplicações sobre a Internet foi excluído do conceito legal de “telecomunicações”, de acordo com a Lei Geral de Telecomunicações, Lei sob o nº 9.472 de 1997, conforme leciona Silvia Regina Barbuy Melchior.

Portanto, telecomunicações como serviços públicos regulados pela Agência Nacional de Telecomunicações, possuem definições, características e exigências, conforme se verificará, que pressupõem uma administração de rede inteligente e precisa, o que corrói em parte a neutralidade absoluta. Nesse modelo institucional, optou-se expressamente por manter os serviços então nascentes de acesso à Internet fora do conceito legal de telecomunicações. O conceito de atividade de telecomunicações, pode ser encontrado no art. 60, § 1º, da Lei Geral de Telecomunicações (...). No conjunto de atividades consideradas para oferta de telecomunicação (transmissão, emissão, recepção por processo eletromagnético de informação de qualquer natureza) não se encontra nenhum elemento que a conecte com o provimento de acesso à Internet ou desenvolvimento de serviços ou aplicações sobre a Internet.⁸⁰⁰

⁷⁹⁹ CARRAU, 2011, p. 9-10.

⁸⁰⁰ MELCHIOR, Silvia Regina Barbuy. Neutralidade no direito brasileiro. In: DEL MASSO, Fabiano. ABRUSIO, Juliana. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coord.). Marco Civil da internet lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 99-137, p. 111.

Dada a exclusão conceitual, do campo das telecomunicações, há ausência de regulamentação adequada sobre a matéria.

Em consequência da definição acima, excluem-se das telecomunicações os serviços de conexão à Internet e aplicações e serviços ofertados via Internet, os quais não são classificados como serviços de telecomunicações. [...] Logo, de um lado se tem a rede de telecomunicações (o meio para permitir a comunicação à distância) altamente regulada e de outro os serviços prestados nas pontas e ofertados na Internet, que sempre foi deixada livre do processo de regulamentação.⁸⁰¹

Ora, adotando-se a “liberdade” quanto aos “serviços prestados e ofertados na internet”, tem-se que, na medida em que vários setores da vida passam por um processo de virtualização, este novo mundo cada vez mais crescerá e declará-lo livre e “imune” às regras jurídicas, pouco a pouco, encolherá o Direito, criando espaços a-jurídicos, em que a autopoiese, nem sempre, representa o melhor resultado, já que os atores que compõem seu cenário, muitas vezes, não estão em situação de paridade. Pelo contrário, é possível identificar situações em que existem níveis acentuados de vulnerabilidade, devendo o Direito se apropriar desta matéria, a fim de dar o tratamento adequado.

No caso de morte de um usuário de *Cloud Computing*, tem-se que:

A uma, a morte de um usuário de um serviço, na condição de consumidor, por si só, já revela estado de vulnerabilidade, diante das diferenças de condições econômicas entre as partes envolvidas, bem como em razão do provedor de conteúdo ter em seu poder dados pessoais do utente que, muitas vezes, representam informações extremamente sensíveis. É o que Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem lecionam, no que diz respeito à vulnerabilidade do consumidor, na sociedade da informação.

O direito privado não pode prescindir do reconhecimento da fraqueza de certos grupos da sociedade, que afinal se apresenta como ponto de encontro entre a função individual que tradicionalmente lhe é reconhecida, e sua função social, afirmada no direito privado solidário que emerge da Constituição. (...) Vive-se, atualmente em uma sociedade pós-moderna, sociedade de consumo e de produção de massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada. Esta circunstância produz novas realidades e novas perguntas para o direito. Mas também oferece a oportunidade que se produzam novas respostas.⁸⁰²

A duas, a morte agrava a vulnerabilidade, trazendo uma situação de hipervulnerabilidade⁸⁰³ ou “vulnerabilidade potencializada, especial ou agravada”⁸⁰⁴. Trata-se

⁸⁰¹ MELCHIOR, 2014, p. 111.

⁸⁰² MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 15; p. 19.

⁸⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 586.316 - MG (2003/0161208-5)**. Disponível em:

de uma hipervulnerabilidade projetada para após a morte, pela resultante da soma da condição de consumidor ao de morto, dado que este não mais pode se manifestar, estando extinto, bem como os dados do falecido encontram-se em poder do provedor de conteúdo. Não se trata aqui da existência de um sujeito hipervulnerável. Há, em verdade, uma situação de hipervulnerabilidade “objetivada”⁸⁰⁵, a ser protegida pelo ordenamento jurídico, devendo o Estado tutelar seus dados, sua imagem, sua memória. Ademais, como já analisado, viável à proteção de um interesse sem sujeito atual, como ora se confirma pelo entendimento de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem.

Reconhecida a dimensão protetiva do direito privado em relação às futuras gerações, cuja desigualdade se ressalta pelo fato que não estão presentes para reivindicar sua proteção na atualidade, legitima-se a intersecção e o diálogo entre as fontes do direito civil, do direito do consumidor e do direito ambiental, assim como em temas vizinhos à bioética e à necessidade de releitura dos pressupostos da responsabilidade civil, especialmente, a noção de dano futuro. Essa discussão se impõe em vista da proteção de um interesse sem sujeito atual concreto, mas em proteção das futuras gerações.⁸⁰⁶

Massimo Bianca, reforçando a tese da projeção de direitos após a morte, mesmo inexistindo capacidade jurídica, diferencia o dano-evento do dano-consequência.

Si si tiene fermo questo assunto diventa irrilevante riconoscere che il danno-evento, cioè la lesione mortale, si verifica quando la vittima è ancora vivente. I danni-conseguenze – gli unici che conterebbero ai fini del risarcimento – sono infatti successivi all’evento della morte e colpiscono la vittima ormai priva di capacità giuridica.⁸⁰⁷

Assim, a proteção avança a situações objetivadas, independente da existência de um sujeito de direitos, como leciona Laura Schertel Mendes.

Com essa mudança de perspectiva, percebe-se que os direitos fundamentais possuem também um conteúdo objetivo, para além do seu significado de direito de defesa subjetivo. Ademais, quando a Constituição confere proteção aos direitos fundamentais, ela o faz não apenas como proteção do indivíduo, mas também para considerar que determinados valores merecem ser objetivamente protegidos, por serem condição e pressuposto da sociedade democrática.⁸⁰⁸

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=683195&sReg=200301612085&sData=20090319&formato=PDF>. Acesso em: 23 dez. 2014.

⁸⁰⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102.

⁸⁰⁵ ALEXY, 2008, p. 452.

⁸⁰⁶ MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 177.

⁸⁰⁷ BIANCA, Massimo. Il danno da perdita della vita. **Rivista Vita Notarile. Esperienze Giuridiche**, Palermo, n. 3, p. 1497-1502, 2012, p. 1499.

⁸⁰⁸ MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2014b, p. 179.

É dessa forma que deve ser promovido pelo legislador a regulamentação das relações havidas entre privados.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais revela a necessidade de concretização desses direitos pelo legislador, que deve estabelecer as condições e os procedimentos de exercício do direito, bem como mecanismos de proteção do bem jurídico nas relações privadas.⁸⁰⁹

Trata-se de verificar que o ordenamento jurídico não pode ser um sistema meramente organizacional, estrutural mas, em verdade, conteudístico, abrigando uma ordem de valores objetiva.

Decisivo é que a transformação do significado dos direitos fundamentais não é uma apresentação isolada, mas expressão de uma transformação do conteúdo da constituição moderna da lei fundamental mesma. A lei fundamental não contém mais, como bastava para as constituições do século anterior, somente uma fundamentação da organização estatal, mas quer, como no preâmbulo chega à expressão acertadamente, dar à vida estatal uma nova ordem, da qual o tribunal constitucional federal, com razão, diz que ela não deve ser uma ordem neutra em valores, mas uma ordem de valores objetiva.⁸¹⁰

Importa referir que, além da necessidade do Estado regular esta matéria, na ausência de lei específica, os magistrados, como Estado-Juiz, devem preservar os Direitos Fundamentais envolvidos, tais como, os Direitos de Personalidade, à Privacidade, à Sucessão.

O primeiro destinatário do dever de proteção derivado do direito à proteção de dados pessoais é o legislador, que tem a obrigação constitucional de estabelecer a arquitetura institucional adequada para a proteção da personalidade do cidadão contra os riscos decorrentes do processamento de dados pessoais pelo setor público e privado. O segundo destinatário do dever de proteção é o Poder Judiciário, que, na ausência ou insuficiência da ação do legislador, deve assegurar a proteção devida a partir das normas já existentes. É possível se compreender também o Poder Executivo como um destinatário desse dever de proteção, na medida em que dispõe de estruturas administrativas e de controle, aptas a fazer valer a proteção constitucional. [...]

O reconhecimento do caráter objetivo dos direitos fundamentais enseja um dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*), direcionado tanto ao Estado-legislador como ao Estado-Juiz. Assim, compreende-se que o direito é garantido constitucionalmente, e que sua densificação e sua conformação dependem da ação estatal.⁸¹¹

Esta regulação do Direito não se trata de um “controle social” mas, em verdade de uma “direção social”, no sentido de que novos rumos devem ser construídos, conforme ensinou Norberto Bobbio.

⁸⁰⁹ MENDES, 2014b, p. 179.

⁸¹⁰ DÜRIG; NIPPERDEY; SCHWABE, 2012, p. 80.

⁸¹¹ MENDES, op. cit., p. 180-181.

Questo adeguamento è diventato necessario per chi voglia comprendere e discrevere esattamente il passaggio dallo stato ‘garantista’ allo stato ‘dirigista’, e conseguentemente la metamorfosi del diritto da strumento di ‘controllo sociale’ nel senso stretto della parola in strumento di ‘direzione sociale’, insomma per colmare il divario fra la teoria generale del diritto qual è e la stessa teoria quale dovrebbe essere in un universo sociale continuamente in movimento.⁸¹²

Dessa forma, é que se passará a construir alternativas para a proteção *post mortem* dos dados armazenados em *Cloud Computing*.

4.2 DIÁLOGO ENTRE OS RAMOS DO DIREITO

Na busca para encontrar alternativas adequadas para a regulamentação da Sucessão Telemática na *Cloud Computing*, há que se estabelecer um diálogo entre diversos ramos do Direito⁸¹³, sobretudo o Direito dos Contratos, Direito do Consumidor, Direito de Privacidade e Direito das Sucessões.

4.2.1 Perspectiva Contratual-Consumerista

A *Cloud Computing*, como manifestação no mundo do Direito, trata-se de um negócio jurídico, consubstancia-se em um contrato, na medida em que decorre de um encontro de vontades, realizados entre partes capazes, cujo objeto é lícito, possível, determinado ou determinável e sua forma é não defesa em lei, nos termos do que preceitua o artigo 104 do Código Civil brasileiro. Tendo em vista envolver obrigações de dar, fazer e não-fazer, que se conformam em única relação negocial, em uma estrutura híbrida, envolvendo deveres de guarda, de depósito e armazenamento de dados, prestação de serviços, bem como deveres de sigilo e confidencialidade, compreende-se melhor classificá-lo como um contrato atípico, em razão de suas peculiaridades e da importância que vem conquistando, a teor do que preceitua o artigo 425 do Código Civil brasileiro.⁸¹⁴

⁸¹² BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione:** nuovi studi di teoria del diritto. Roma: Laterza, 2007, p. XIX-XX.

⁸¹³ Importante destacar que o Direito é um todo, departamentalizado para fins científicos, devendo as mais diversas áreas se interconectarem, como se depreende do tema ora em estudo: a morte. Esta interessa ao Direito das Sucessões, Direito dos Contratos, Direito Previdenciário, Direito Tributário, enfim, com repercussões nas mais diversas áreas.

⁸¹⁴ A grande parte da doutrina classifica os contratos eletrônicos como contrato de prestação de serviços. Discorda-se, respeitosamente, em face da multiplicidade de obrigações que, no caso, lhe torna de conformação própria. (KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 51)

Trata-se de um contrato não-solene, sendo que sua formação pode se dar de forma livre, a teor do artigo 107 do Código Civil brasileiro, inclusive, exclusivamente através do meio eletrônico.

Esse vínculo tanto pode ser estabelecido mediante troca de e-mails, como mediante a aceitação em bloco das cláusulas do contrato de adesão elaborado pelo fornecedor e disponibilizado à aceitação do consumidor no *site*. A manifestação da vontade, no caso de contratos de adesão, é realizada por meio do *click*, que é a aceitação do contrato de adesão em meio eletrônico.⁸¹⁵

Sobsome-se a um contrato de adesão, na definição dada por Enzo Roppo,

um fenómeno similar de despersonalização das relações contratuais e de automatismo na actividade destinada a constituí-las é patenteado pela praxe de contratação standartizada, através do emprego de condições gerais, módulos e formulários, predispostos antecipadamente, por uma parte, para uma massa homogénea e indiferenciada de contrapartes (contratos de massa): aqui a aceitação – do consumidor – do utente, do inquilino, etc. – resume-se, no máximo, a um simples acto de adesão mecânica e passiva ao esquema pré-formulado, muito longe do significado que, na época clássica do liberalismo contratual, se atribuía ao conceito de ‘declaração de vontade’: também aqui a declaração contratual se traduz num comportamento socialmente tipicizado.⁸¹⁶

Miguel Reale aponta as suas características:

O importante é estabelecer norma aberta como esta. Esse é um exemplo típico de um modelo jurídico de carácter aberto que proporciona ao juiz a possibilidade de encontrar a equidade na realização do contrato desta ou daquela natureza e, sobretudo, do contrato de adesão. Parece que à primeira vista se trata de uma norma de pequenas consequências, mas, transposta para o plano prático, ela abre um leque de possibilidades, extraordinárias, porquanto já será prevenida a malícia daquel que redige o contrato de adesão.⁸¹⁷

Neste sentido, o contrato de computação nas nuvens, de *Cloud Computing*, é de adesão, visto que decorre da aceitação de um rol de cláusulas, sem possibilidade de discussão prévia acerca da confecção de disposições contratuais, inexistindo a fase de negociações preliminares.

⁸¹⁵ KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Diálogo das fontes nos contratos pela internet. In: DIÁLOGO das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 399-449, p. 427.

⁸¹⁶ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 303.

⁸¹⁷ REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 47-48.

Los contratos de computación en nube, en sus diferentes modalidades, son de regla contratos de adhesión. El contrato se encuentra generalmente en Internet y el consentimiento si formaliza en forma electrónica por medio de un clic. (...) Estos contratos fácilmente se escapan del control del departamento legal porque desde cualquier parte del mundo un ejecutivo puede ingresar una tarjeta de crédito corporativa, aceptar los términos y condiciones que están en la página web y comenzar a utilizar el servicio.⁸¹⁸

Além disso, trata-se de um contrato de consumo, sendo possível identificar fornecedor e consumidor, a teor do que preceituam os artigos 2º e 3º Código de Defesa do Consumidor.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

É o que se desprende da lição de Maria Eugênia Finkelstein, que identifica plenamente o fornecedor e o consumidor nessa relação contratual.

É nossa opinião que, em face de tantas assimetrias, o consumidor eletrônico fica fragilizado frente ao fornecedor eletrônico, o que justifica nossa opinião no sentido de que todas as relações de consumo celebradas pela Internet devem ser aplicadas as disposições do Código de Defesa do Consumidor. Em relações B2C há nítida relação de consumo, já que em um polo da relação figura o consumidor e no outro, o fornecedor. Neste sentido, entendemos que os conceitos de fornecedor e consumidor, relatados pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se perfeitamente ao comércio eletrônico.⁸¹⁹

Nesse sentido, em face do desequilíbrio econômico, figurando, de um lado, o provedor de conteúdo, em regra, com grande poder econômico, e, de outro lado, um consumidor que, muitas vezes, está sujeito ao abuso, diante de vulnerabilidades de toda a ordem, importante a intervenção do Estado.

No fenómeno dos contratos standard, há, pois um outro aspecto silente, que consiste no abuso de poder económico que a parte 'forte' (predisponente) exerce em prejuízo das partes 'débeis', a si contrapostas no mercado ('aderentes'), a sítio nos referimos na secção seguinte (infra 3.2). Em primeiro lugar, o emprego de contratos standard simplifica e acelera de modo radical os processos de conclusão dos negócios –

⁸¹⁸ CARRAU, 2011, p. 84.

⁸¹⁹ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito do comércio eletrônico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 224.

determinando – através da consequente economia de tempo, de meios e de actividade – a redução daqueles ‘custos de contratação’, que as técnicas de negociação individual (fundadas sobre a discussão de cada uma das cláusulas com cada um dos clientes) contribuiriam, ao invés, para aumentar.⁸²⁰

Antonia Espíndola Longoni Klee acentua esta situação própria de vulnerabilidade dos contratos eletrônicos, ao referir que

a distância e o meio eletrônico que podem existir entre o consumidor e o fornecedor no momento da contratação acentuam a vulnerabilidade do consumidor e, nessa medida, afetam as garantias e os direitos dos consumidores, e por isso se torna importante a análise do tema.⁸²¹

Em sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor garante a proteção aos dados armazenados na *Cloud Computing*, conforme leciona Laura Schertel Mendes.

A segurança dos dados pessoais é aspecto essencial no âmbito da garantia do direito básico à proteção de dados e impõe ao responsável a adoção de todas as medidas técnicas e organizatórias possíveis para atender a esse fim. Especialmente no mundo digital, ampliam-se enormemente os riscos de destruição, alteração, divulgação e acesso indevido dos dados pessoais, em razão da estrutura aberta da Internet. Da responsabilidade objetiva do fornecedor, estabelecida no art. 14 do CDC, extrai-se a obrigação do fornecedor de propiciar a segurança adequada e suficiente aos bancos de dados e cadastros sob a sua responsabilidade, sob pena de responder pelos danos materiais e morais oriundos da falha de segurança (art. 6.º, VI, CDC). Assim, decorre do risco da atividade de processamento de dados pessoais o dever do fornecedor de manter sistemas seguros, que protejam os dados pessoais em relação à sua confidencialidade, integridade e disponibilidade. Esses são os objetivos clássicos da segurança da informação, conforme definido por normas técnicas internacionais. Enquanto a confidencialidade refere-se à segurança dos dados contra o acesso não autorizado, a integridade diz respeito à proteção contra a manipulação dos dados e dos respectivos sistemas de informação. Já a disponibilidade denota a necessidade de que os dados estejam acessíveis e visa à proteção contra a perda dos dados.⁸²²

Dessa forma, defende-se que, reconhecida a condição de contrato atípico de adesão e de consumo, impõe-se a intervenção do Estado na proteção do consumidor, no sentido de determinar a inserção de cláusulas contratuais aos provedores de conteúdo que desenvolvam meios para que a vontade presumida ou expressa do falecido venha a ser observada, seja no sentido de transmitir dados, chegando a quem de direito; ou, ainda, caso contrário, haja, em determinadas hipóteses, a incomunicabilidade dos dados, em desfavor de seus herdeiros.

⁸²⁰ ROPPO, 2009, p. 303; p. 314.

⁸²¹ KLEE, 2014, p. 50-51.

⁸²² MENDES, Laura Schertel. O direito básico do consumidor à proteção de dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 95, p. 53-75, set./out. 2014a, p. 3.

4.2.2 Perspectiva do Direito de Privacidade

O direito de privacidade póstumo, protegido como Direito Fundamental, portanto, objetivado e projetado, em razão da inexistência de um sujeito atual, é critério para acesso ou vedação de dados para os herdeiros, no sentido de ser o filtro de classificação dos dados armazenados na *Cloud Computing*, à luz da teoria das esferas concêntricas de privacidade, quais sejam: vida íntima, vida privada e vida pública. Pedro Pais de Vasconcellos, assim referiu:

Tem sido tentado um critério de determinação do conteúdo do direito à privacidade assente sobre a distinção de três esferas concêntricas: a esfera da vida íntima, a esfera da vida privada e a esfera da vida pública. Na esfera da vida íntima compreender-se-ia o que de mais secreto existe na vida pessoal, que a pessoa nunca ou quase nunca partilha com outros, ou que comunga apenas com pessoas muitíssimo próximas, como sexualidade, a afetividade, a saúde, a nudez; na esfera da privacidade, que é já mais ampla, incluir-se-iam aspectos da vida pessoal, fora da intimidade, cujo acesso a pessoa permite a pessoas de suas relações, mas não a desconhecidos ou público; a esfera pública abrangeria tudo o mais, aquilo a que, na vida de relação e na inserção na sociedade, todos têm acesso.⁸²³

Dessa forma, a classificação dos dados depende de sua natureza, alocando-os em uma das esferas acima descritas. Na esfera da vida íntima, estão os dados sensíveis, que assim são conceituados:

Os dados sensíveis, entendidos como aqueles capazes de gerar a discriminação do consumidor, exigem, além do consentimento específico do consumidor, a adoção pelo fornecedor de mecanismos adicionais de segurança. São exemplos de dados sensíveis os referentes à origem racial ou étnica, às convicções religiosas, filosóficas ou políticas, à saúde e à vida sexual.⁸²⁴

Em importante contribuição, Étienne Picard registrou a teoria dos “Três Círculos”, tendo assim apresentado sua conceituação:

Privacy may be depicted by three concentric circles, the common centre of which is the subject himself, whereas their circumferences exist around his person at a more or less close distance from him. The first circle, which is the most clear-cut, confines itself to what the subject possesses as the most intimate of his person, namely his thoughts, his beliefs, his values. [...] The second circle, which is actually a broad ring, spreads its two circumferences from (and including) the external characteristics of his person to (and including) that of intimate social life, which already involves other persons, at first instance his family and friends. This is privacy as such, which deserves the strictest protection, as far as this zone proves more fragile and permeable to intrusions by strangers. [...] The third circle (or second ring), the limits

⁸²³ VASCONCELOS, 2006, p. 79-80.

⁸²⁴ MENDES, 2014b, p. 217.

of which are even less well marked, is made of the external projections of private life. It encompasses the relationships which the subject, in order to lead his own personal life of the first and second circle, needs to have with persons who do not belong to them, at least no directly. [...]⁸²⁵

Picard utiliza o vocábulo “permeável” demonstrando que, além da natureza dos dados, conforme o nível de exposição atribuído pelo seu titular, as informações poderão deslizar de uma esfera para outra, figurando na vida íntima (primeiro círculo) ou na vida privada ou pública (segundo e terceiro círculos). Em regra, dados relativos à saúde, nudez, afetividade estão alocados na vida íntima, enquanto dados quanto ao estado civil, à profissão, que estão disponíveis em registros públicos, acabam por extravasar a vida íntima ou mesmo a vida privada, sendo de acesso geral. Para ilustrar, é o que ocorre com a exposição feita em programas de realidade como o “Ai, ai, ai do sexo”, exibido pela Discovery, que expõe publicamente questões sexuais,⁸²⁶ descaracterizando informações que eram da vida íntima dos participantes para a esfera pública. Em outro sentido, situações concretas vinculadas à profissão que, inicialmente, são públicas, dependendo da atividade, passam a ser sigilosas, como o cliente oculto profissional, ou seja, trabalhador de uma consultoria de qualidade que, hospedando-se ou tomando serviços, o faz com a finalidade de avaliar os níveis de satisfação, não se identificando como tal.⁸²⁷ Dessa forma, além da natureza do dado, também a sua exposição pelo titular implicará na classificação a ser atribuída ao dado. É importante ressaltar ainda que, evidentemente, deverão ser classificados dados de caráter puramente patrimonial, que trazem única e exclusivamente repercussões econômicas.

Defende-se, de fundamental importância, a classificação dos dados pelo usuário, à luz do direito de privacidade, como critério para acesso ou sua vedação aos herdeiros dos dados armazenados na *Cloud Computing*.

⁸²⁵ O autor retrata que a privacidade tem três círculos concêntricos. O primeiro círculo é limitado pelo que é mais íntimo da pessoa: os pensamentos, as crenças, os valores. O segundo círculo traz as características externa da pessoa, incluindo a intimidade social, envolvendo outros entes, como família e amigos. Esta privacidade merece uma estrita proteção, por ser a mais frágil e permeável da intrusão por estranhos. No terceiro círculo existem as projeções externas da vida privada, as relações com as pessoas fora destes dois círculos. (PICARD, Étienne. *The right to privacy in french law*. In: MARKESINIS, Basil S.. (Org.). **Protecting privacy**. New York: Oxford University Press, 1999, p. 49-103, p. 60).

⁸²⁶ <http://discoverymulher.uol.com.br/saude/ai-ai-ai-do-sexo/> Acesso em: 28 dez. 2014.

⁸²⁷ <http://exame.abril.com.br/revista-voce-sa/edicoes/190/noticias/contratam-se-clientes> Acesso em: 28 dez. 2014.

4.2.3 Perspectiva Sucessoral

As alternativas a serem desenhadas, portanto, podem tomar múltiplas variáveis, por passarem pelo estudo do direito dos contratos, inclusive, o direito do consumidor, em face de cláusulas que poderão ser estabelecidas entre usuário e provedor de conteúdo, avançando para o direito de privacidade póstumo, como critério de acesso ou vedação de dados armazenados na *Cloud Computing*, culminando com o direito das sucessões, como meio de instrumentalização da vontade do falecido.

Mazeaud e Mazeaud diferenciaram a sucessão legítima da sucessão testamentária, aduzindo que a sucessão testamentária é aquela fundada na vontade do defunto, enquanto que a sucessão legítima é aquela “fora da vontade do *de cuius*”.

La succession ab intestat (in *testatus*, n'ayant pas testé) – dans notre ancien droit on disait aussi la succession légitime – est réglée par la loi en dehors de la volonté du de cuius, soit qu'il ait omis de l'exprimer, soit qu'elle ne puisse produire d'effet. (...) La succession testamentaire est celle qui est réglée par la volonté du défunt, exprimée dans un testament valable. Les personnes désignées par le testateur pour recevoir ses biens s'appellent légataires.⁸²⁸

Nessa mesma linha, Cesare Massimo Bianca sustenta que a sucessão legítima se funda na relevância social, expressamente refutando se tratar de vontade presumida do defunto.

Sul piano sociale acquista appunto autonoma rilevanza il bisogno della persona di disporre dei propri beni per dopo la morte a favore di determinati beneficiari. Questo bisogno può indicarsi come *libertà successoria*. La successione testamentaria ha pertanto la funzione di dare assetto ai diritti della persona dopo la morte e, insieme, la funzione di soddisfare l'esigenza di liberalità successoria del defunto. [...] Se il defunto non ha disposto in tutto o in parte dei suoi beni, l'eredità si devolve per legge ai familiari (coniuge e parenti fino al sesto grado). [...] La successione legittima a favore dei congiunti trova ragione (oltre che nella morte della persona) nel principio della solidarietà familiare. La successione legittima ha fondamento nella rilevanza sociale del rapporto familiare e cioè del rapporto di appartenenza al gruppo familiare. D'altra parte deve anche negarsi, con l'opinione ormai unanime della dottrina, che il fondamento della successione legittima possa essere rinvenuto in una presunta conforme volontà del defunto.⁸²⁹

Dessa forma, na lição de Bianca, a sucessão legítima, ou *ab intestato*, ocorre no caso de ausência de disposição sobre o destino dos bens a serem partilhados, ou seja, no silêncio do antecessor, em vida, presumindo-se que a partilha deve ser feita à luz do princípio da

⁸²⁸ MAZEAUD et. al., 1999, p. 3-4.

⁸²⁹ BIANCA, 2005, v. 2, p. 533; p. 712; p. 713.

solidariedade familiar. No seu entendimento, não há que se investigar a “vontade presumida do defunto” mas, em verdade, obedecer a ordem determinada pela lei.

Ocorre que, por outro lado, no entendimento de grande parte da doutrina, se o antecessor silenciou-se, se nada dispôs, é a “vontade presumida” do morto que deve ser aplicada, que é aquela estabelecida pela lei. Pontes de Miranda já referia: “O fundamento da sucessão legítima pode ser apontado em presunção de vontade do decujo.”⁸³⁰ Carlos Maximiliano lecionou: “Ora, se êste nada especificou, é de supôr haja querido que os seus bens sejam distribuídos de acôrdo com a lei que êle melhor conhecia, a de seu país.”⁸³¹ Francisco José Cahali assim refere:

Por este meio, a transmissão se dá sem a manifestação de última vontade do *de cuius*, indicando o direito positivo as pessoas que, pelo grau de parentesco ou pelo casamento e unção estável, serão consideradas titulares da herança, afirmando alguns autores que este meio de transmissão represente o testamento tácito ou presumido da pessoa.⁸³²

Arremata-se com a posição de Eduardo de Oliveira Leite, demonstrando que o entendimento se projeta à atualidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, a preferência pela sucessão legal não anula inteiramente a possibilidade da sucessão testamentária: uma e outra coexistem. Mas a predominância da primeira se justifica por duas razões: a) Quanto ao fundamento – A sucessão *ab intestato* repousa sobre a vontade presumida do *de cuius* e sobre sua eventual afeição, daí se dizer que se trata de um “testamento presumido”. Quanto aos caracteres = Ela é, em parte (art. 1.846), imperativa – existe uma reserva – ou “legítima”.⁸³³

Cristina Araújo Dias, na linha do ordenamento lusitano, também denomina a sucessão legítima de “sucessão testamentária tácita”, na medida em que é fundada na “vontade presumida” do falecido.

O sistema individualista ou capitalista assenta no reconhecimento da propriedade privada a generalidade dos bens e no princípio da autonomia privada. Consagra-se, por isso, uma ampla transmissibilidade dos bens exclusivamente *mortis causa*. O titular dos bens tem plena liberdade de dispor dos mesmos. Daí decorre uma ampla liberdade de testar, apenas condicionada pela necessidade de garantir a formação livre e esclarecida da vontade do testador. Neste modelo, e por isso, a sucessão testamentária, traduzindo a vontade do *de cuius*, que pode determinar o destino dos seus bens e atribuí-los a quem considerar estar em melhores condições para os receber, prevalece sobre a sucessão legítima. Esta traduzirá uma espécie de sucessão

⁸³⁰ PONTES DE MIRANDA, 1972, v. 55, p. 201.

⁸³¹ MAXIMILIANO, 1942, v. 1, p. 38.

⁸³² CAHALI, José Francisco; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 45.

⁸³³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 6, p. 34.

testamentária tácita, assente na vontade presumida do autor da sucessão. Por seu lado, a quota indisponível ou legítima, a existir, será simples limite à liberdade de testar.⁸³⁴

Dessa forma, em matéria sucessória, o que se busca é aplicar a vontade projetada do morto, seja expressa (testamentária) ou presumida (legítima). Ocorre que, de qualquer sorte, se a vontade expressa do morto ou sua vontade presumida deve ser respeitada, no momento em que se torna necessário reconstruí-la, deve-se levar em conta o direito de privacidade póstumo quanto aos dados armazenados na *Cloud Computing*, aqueles que diziam respeito à sua vida privada, seus pensamentos, histórias que o falecido não gostaria que caíssem no conhecimento de todos, ou mesmo, de seus sucessores mais próximos. Ou, ainda, aqueles que devem ser acessados como lembrança ou presente aos seus sucessores. É neste sentido que ganha importância o direito sucessoral, diante deste importante critério, este vetor que é a vontade expressa ou presumida do morto.

4.3 *LEGE LATA* E A TRÍADE INTER-RELACIONAL NA *CLOUD COMPUTING*

Se as cartas, os diários, as anotações, as fotografias, enfim, as memórias do falecido estivessem todas depositadas dentro de um baú, no fundo do porão da casa do morto, ou, ainda, no interior de um cofre, o simples acionamento de um chaveiro daria fácil acesso a estas informações. Memórias, fatos curiosos, eventos desconhecidos pelos seus sucessores, fatos que o morto queria que repousassem no esquecimento, viriam à tona. Isto já ocorreu, muitas vezes, e, ainda ocorre. A partir do contrato de *Cloud Computing*, neste cenário, exsurge nova personagem: o provedor de conteúdo. Uma pessoa jurídica que tem armazenados em seu poder os dados do usuário, ora morto, e deve avaliar a quem entregá-los, ou ainda, se deve mantê-los ou descartá-los.

Nesse sentido, observando o diálogo construído entre o direito dos contratos, do consumidor, o direito de privacidade póstumo e o direito das sucessões, que já adiantou importantes avanços a serem realizados, passar-se-á à luz da tríade inter-relacional na *Cloud Computing*, qual seja: o provedor de conteúdo, usuário e o herdeiro, a apresentar: A uma, a *Lege Lata*, demonstrando como solucionar os conflitos diante do direito posto; A duas, a *Lege Ferenda*, quando se colaborará com a proposta de medidas específicas que otimizariam a juridicização deste espaço virtual que, hoje, encontra-se em estado de escassez legislativa.

⁸³⁴ DIAS, Cristina Araújo. **Lições de direito das sucessões**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 17.

4.3.1 Lege Lata

4.3.1.1 Relação entre Provedor de Conteúdo e Usuário

Como analisado, a relação que se estabelece entre o provedor de conteúdo e o usuário da *Cloud Computing* é de natureza contratual, mais especificadamente, de consumo, a teor do que dispõem os artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, o contrato de *Cloud Computing*, *prima facie*, está sob a égide da Lei sob o nº 8.078/90, sendo uma das vias de regulação possíveis sobre o objeto de estudo. Além disso, em 2014, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro o Marco Civil da Internet, Lei sob o nº 12.965, que tem como objeto princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, que também é ambiente propício para a necessária positivação de regras. Referidos diplomas que, embora não tratem diretamente da morte do usuário da internet e o destino de seus dados, passam a ser peças chaves para o encontro de alternativas para a temática em comento.

a) O Código de Defesa do Consumidor e a *Cloud Computing*

No Código de Defesa do Consumidor, é possível encontrar uma seção específica que trata sobre “Dos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores”, nos termos dos artigos 43 e 44, no entanto, da análise do seu texto, depreende-se que a preocupação do legislador volta-se aos cadastros de negativação de crédito. Não houve um tratamento específico sobre dados no viés do contrato de computação nas nuvens. A palavra “dados”, neste contexto legal, aparece, predominantemente, como as informações a serem prestadas pelo fornecedor ao consumidor.

É importante destacar o pioneirismo da Comissão de Juristas do Senado⁸³⁵, cuja composição conta com a presença de Claudia Lima Marques, que, no texto dos anteprojetos finais⁸³⁶, refere-se, entre os direitos básicos do consumidor: “Art. 6º [...] XI - a autodeterminação, a privacidade e a segurança das informações e dados pessoais prestados ou coletados, por qualquer meio, inclusive o eletrônico”. Tal proposta de inserção de inciso, como direito básico do consumidor, demonstra a atualidade e necessidade de tratamento sobre a matéria. Além disso, o anteprojeto criminaliza a conduta de transferência de dados sem a expressa autorização do titular (usuário).

⁸³⁵ <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/> Acesso em: 1 jan. 2015.

⁸³⁶ http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteprojetos_finais_14_mar.pdf Acesso em: 1 jan. 2015.

Art. 72-A. Veicular, hospedar, exibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem a expressa autorização de seu titular e consentimento informado, salvo exceções legais.

Pena – Reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Ademais, é possível extrair da justificção do projeto de lei que as negociações pelo mundo virtual impõem a adoção de medidas que promovam a informação, a transparência, lealdade, a autodeterminação, com atenção à vulnerabilidade do usuário/consumidor.

O projeto de lei objetiva atualizar a Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), a fim de aperfeiçoar as disposições do capítulo I e dispor sobre o comércio eletrônico. A crescente complexidade das relações de consumo demanda a previsão de princípios que reforcem a proteção do consumidor frente a novos desafios, principalmente os relacionados com o diálogo com outras fontes normativas, a segurança nas transações, bem como a proteção da autodeterminação e privacidade de seus dados. É igualmente imprescindível a introdução de uma seção específica sobre a proteção dos consumidores no âmbito do comércio eletrônico, em razão da sua expressiva utilização. Se, à época da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o comércio eletrônico nem sequer existia, atualmente é o meio de fornecimento a distância mais utilizado, alcançando sucessivos recordes de faturamento. Porém, ao mesmo tempo ocorre o aumento exponencial do número de demandas dos consumidores. As normas projetadas atualizam a lei de proteção do consumidor a esta nova realidade, reforçando, a exemplo do que já foi feito na Europa e nos Estados Unidos, os direitos de informação, transparência, lealdade, autodeterminação, cooperação e segurança nas relações de consumo estabelecidas através do comércio eletrônico. Busca-se ainda a proteção do consumidor em relação a mensagens eletrônicas não solicitadas (spams), além de disciplinar o exercício do direito de arrependimento. A evolução do comércio eletrônico, se, por um lado, traz inúmeros benefícios, por outro amplia a vulnerabilidade do consumidor. Assim, é essencial que se cumpra o comando constitucional do art. 5º, XXXII, e do art. 170, V, da Constituição Federal, e se criem normas que, efetivamente, ampliem a sua proteção no comércio eletrônico, a fim de que a evolução tecnológica alcance os objetivos que todos desejam: o desenvolvimento social e econômico, o aperfeiçoamento das relações de consumo e a prevenção de litígios.⁸³⁷

Dessa forma, depreende-se que, atualmente, é urgente que novos rumos sejam dados ao Código de Defesa do Consumidor, diante da evolução tecnológica, no que toca à necessidade de medidas, no sentido de garantir a privacidade dos dados em contratos eletrônicos, nele inseridos o de *Cloud Computing*, bem como a vedação quanto à utilização dos mesmos por terceiros ou com finalidades outras, nas relações entre provedor e o usuário. Isto já vem sendo trabalhado em nível de anteprojeto. No entanto, atualmente, não há dispositivos que se voltem ao destino de dados, em caso de morte do usuário.

⁸³⁷ http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/pdf/Anteprojetos_finais_14_mar.pdf Acesso em: 1 jan. 2015.

b) Marco Civil da Internet e *Cloud Computing*

No que toca ao Marco Civil da Internet, em que pese não tenha tratado de forma específica sobre a temática da morte do usuário na *Cloud Computing*, trouxe uma série de contribuições sobre o tema. É forçoso reconhecer que, na atualidade, o foco das preocupações está direcionado às questões sobre os limites das obrigações contratuais, bem como no que toca à responsabilidade civil, em caso de quebra de alguns dos deveres do contrato ou mesmo diante das inúmeras violações aos direitos de personalidade ocasionados por terceiros. No entanto, por ser uma lei principiológica e de conteúdo amplo, é possível extrair comandos afetos à regulação sobre morte e a *Cloud Computing* ou, no mínimo, enxergá-lo como um campo fértil para que dela decorram novos comandos legais.

É o que se depreende de seu artigo 2º, em que restou consagrado entre os fundamentos da disciplina do uso da internet no Brasil, em seu inciso I, “os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais”. Trata-se, em verdade, da positivação dos direitos de personalidade no mundo virtual, aqui compreendido o direito de privacidade, e, no particular, o direito de privacidade póstumo, aqui defendido, refutando o ideário de que as nuvens são “lugares” a-jurídicos.

Por sua vez, o artigo 3º arrola os princípios, na disciplina do uso da internet do Brasil.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

Entre os princípios elencados, dá-se ênfase para a proteção da privacidade (II), a proteção dos dados pessoais, na forma da lei (III), responsabilidade dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei (VI), bem como a liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos na lei em estudo (VIII). A *Cloud Computing* compreende-se como um contrato atípico, decorrente da liberdade dos modelos de negócios, devendo, para tanto, observar a proteção dos dados e da privacidade, sob pena da responsabilidade dos fornecedores, no caso, dos provedores de conteúdo, que gestionam os dados armazenados.

O artigo 5º, em seu inciso VII, ao conceituar “aplicações da internet” como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” abarcou expressamente a *Cloud Computing* na disciplina do Marco Civil da Internet referindo-se, no artigo 15, à pessoa jurídica do fornecedor/provedor ao mencionar, na literalidade, “provedores de aplicações de internet”. Mais adiante, no artigo 7º, é possível destacar, entre os direitos que mais diretamente estão vinculados à *Cloud Computing*, os que seguem:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII - informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX - consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; XI - publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII - acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII - aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet.

Dessa forma, no inciso I, estão dipostas a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, temas ligados à privacidade, inclusive, objeto de estudo, no que toca à teoria das três esferas ou três círculos.⁸³⁸ O inciso VII, por sua vez, é de natureza fulcral para o estudo, uma vez que estabelece o seguinte dever contratual: o “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais”, elencando, no entanto, duas ressalvas “salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses da lei”. Dessa forma, no particular, da morte e a *Cloud Computing*, o alcance dos dados dar-se-ia, em caso de autorização expressa ou, ainda, no caso de sucessão, em que haveria a busca pela vontade expressa do usuário falecido (sucessão testamentária) ou presumida (sucessão legal) que, de qualquer maneira, deverá ser respeitado o direito de privacidade póstumo, inclusive, como espécie do direito de esquecimento, como critério para acesso aos dados.

⁸³⁸ PICARD, 1999, p. 60.

4.3.1.2 Relação entre Usuário-Morto e Herdeiro

A busca por parte do sucessor aos dados armazenados na *Cloud Computing* decorre de direito sucessório, na medida em que age na qualidade de herdeiro, visto desejar ter acesso a documentos de seu antecessor, por questões patrimoniais (contratos, documentos, informações de caráter pecuniário) ou mesmo extrapatrimoniais (memórias, lembranças, últimos pensamentos e registros em vida). É com título de herdeiro que se apresenta diante do provedor de conteúdo requerendo as informações/dados constante nas nuvens, na *Cloud Computing*, ali depositados com um “click” pelo autor da herança.

Aqui, não se está diante de ato ilícito, nos termos do artigo 12 ou 20 do Código Civil brasileiro, pois não se trata de uma violação a direito de personalidade do falecido, tais como ofensa ao nome do morto, de sua boa fama, da imagem que ficou; não se trata de um familiar que está pleiteando cessar atos contrários ao direito, mas do herdeiro que exerce esta qualidade para acessar dados do seu antecessor, visando suceder a relação contratual que existia entre provedor de conteúdo e usuário, este ora falecido.

Sobre a possibilidade de acesso aos dados por terceiros, o Marco Civil da Internet assim dispõe, em seu artigo 7º, inciso VII que, novamente, vem à tona:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: [...] VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei;

Logo, visto que os dados podem ser fornecidos nas hipóteses previstas em lei, defende-se que a sucessão se configura uma delas. Consoante o ordenamento jurídico vigente, a relação de antecessor e sucessor, entre o usuário-morto e seu herdeiro, decorre de lei (legítima) ou por disposição de última vontade (testamentária), a teor do que preceitua o artigo 1.786 do Código Civil brasileiro. Para que o tema seja melhor tratado, abordar-se-á separadamente a sucessão legal e a testamentária.

a) Sucessão Legal

Na sucessão legal, ou seja, na inexistência de disposição testamentária, dever-se-á obedecer à ordem da vocação hereditária, conforme dispõe o artigo 1.829 do Código Civil brasileiro.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

Ocorre que, no caso em comento, o herdeiro busca suceder uma relação contratual, em que há um plexo de direitos, sendo que os dados armazenados na *Cloud Computing* podem ser classificados em patrimoniais e extrapatrimoniais.

Primeiramente, quanto aos dados de conteúdo patrimonial, lá poderá estar um numeroso acervo virtual em livros⁸³⁹, em filmes, em músicas (Sound Cloud), adquiridos ao longo dos anos e pagos pelo falecido, exatamente como aqueles exemplares físicos que restaram no interior da residência onde morava, quando do óbito, e, portanto, defende-se alcançar o mesmo tratamento sucessório. No caso concreto, verificado tratar-se de dado com conteúdo econômico, em regra, dever-se-á levado à colação, para fins de partilha. O herdeiro ao buscar o acesso administrativo ou judicial, deverá comprovar sua capacidade sucessória, a sua posição na ordem da vocação hereditária, bem como a classificação do dado como patrimonial.

Na sucessão legal, ainda no campo do direito patrimonial, deve-se estar atento à temática dos direitos autorais. Saliente-se que não há pretensão de exaurir esta matéria que, com a devida vênia, demandaria estudo específico. No entanto, é necessário que se reflita sobre alguns pontos que interseccionam com a questão sucessória a que ora se debruça. Registre-se que, de longa data, antes mesmo da legislação em vigor, os direitos autorais já eram protegidos, no ordenamento jurídico brasileiro, como objeto de sucessão *causa mortis*, que ora se exemplifica com o célebre caso dos herdeiros e cessionários de Eça de Queiroz, em ação em desfavor de Editora Brasiliense e outros.

Direitos autorais, no Brasil, relativos a obras de Eça de Queiroz. Aplicação da lei brasileira, em face do disposto na Convenção de Berna e na Convenção Especial entre Brasil e Portugal. Em face da vigente lei 3347, de 23 de outubro de 1958, que modificou o art. 649 do Código Civil, a obra só cai no domínio comum: 1) se o autor morre sem deixar herdeiros ou sucessores até o segundo grau; 2) sessenta anos após a morte do autor se deixar tais herdeiros ou sucessores mas que não sejam filhos, pais ou cônjuge; 3) deixando um ou mais destes, quando morrer o último. Ora, existem dois filhos vivos de Eça e é indubitável a aplicação da lei 3347, que os beneficia, pois as obras dos escritos, pelo Código Civil, só cairiam no domínio comum em 1960 (Eça faleceu em 1900) e aquela lei veio antes, em 1958. No caso de cessão dos direitos autorais pelo autor ou por seus herdeiros, a lei posterior que prorroga a duração daqueles direitos protege os herdeiros, se o contrato não dispõe

⁸³⁹ É de conhecimento notório a venda de bibliotecas físicas por familiares de professores, cientistas, advogados. A troca do meio físico para digital não pode ceifar estes direitos.

em outro sentido, pois é de presumir que, cedendo seu direito, o autor ou seus herdeiros não entenderam ceder senão o que existia no momento da convenção. A controvérsia, em casos como o dos autos, é sobre se cabe direito aos herdeiros ou aos cessionários. Aqui pleiteiam conjuntamente herdeiros e cessionários; não há, portanto, como negar a busca e apreensão que pedem. E o fato de pleitearem unidos é seguro indício de que se entenderam. Recurso extraordinário conhecido e provido.⁸⁴⁰

Nesta alínea, mesmo antes da vigência da Lei nº 9.610 de 1998, há tratamento legislativo e jurisprudencial acerca da matéria. Cumpre destacar que ora se busca contribuir para que os direitos autorais prossigam a ser respeitados, evitando que, com a mudança do meio físico para o meio virtual, os herdeiros percam parcela de direitos garantidos pela legislação vigente, promovendo a morte lenta destes direitos. Ora, no Brasil, a lei menciona como obras intelectuais protegidas, as que seguem:

Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I - os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II - as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; III - as obras dramáticas e dramático-musicais; IV - as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V - as composições musicais, tenham ou não letra; VI - as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII - as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII - as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX - as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X - os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI - as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII - os programas de computador; XIII - as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Dessa feita, presente na *Cloud Computing* qualquer dado que se configure como obra, na forma da lei, deverá o provedor de conteúdo, em caso de falecimento, alcançá-las aos herdeiros. É o que dispõe o artigo 41 da Lei 9.610/98, no que toca aos “Direitos Patrimoniais do Autor”, a saber: “Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo”. É o que a doutrina refere, de forma expressa, na lição de Arnaldo Rizzardo:

⁸⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 55183. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Gallotti. Julgado em: 17 abr. 1964. ADJ DATA 30-07-1964 PP-00556 DJ 02-07-1964 PP-02140 EMENT VOL-00583-01 PP-00268. Disponível em: <www.stf.br>. Acesso em: 6 jan. 2015.

No âmbito concreto da sucessão, formado o ativo, arrolam-se os imóveis, os direitos reais sobre coisa alheia, os direitos autorais, os móveis, o dinheiro, os semoventes etc, e, formando o passivo, os bens alheios, as obrigações ou dívidas, os encargos e as despesas.⁸⁴¹

Portanto, defende-se ao(s) herdeiro(s) o direito de acesso e partilha dos dados que se tratem de: composições musicais, quando *de cujus* era um músico; livros, quando era um escritor; coletâneas de imagens, no exemplo em que o falecido desempenhava a atividade profissional de fotógrafo; petições, no exemplo em que o morto era um advogado; projetos deixados por um arquiteto, entre outros, cuja autoria tenha sido do falecido. Logo, no silêncio do usuário-falecido, tem-se que os dados que correspondem a conteúdo patrimonial, devem ser objeto de sucessão e, portanto, acesso e partilha pelos herdeiros.

Resulta necessário salientar que, na temática dos direitos autorais, existem direitos patrimoniais e morais, reflexão que já colabora, inclusive, para a transposição que há de se realizar nas alternativas apontadas para direitos patrimoniais e extrapatrimoniais. É o que Pontes de Miranda lecionou, em seu Tratado de Direito Privado:

No direito brasileiro, têm-se, portanto: a) o direito autoral da personalidade, que é o direito de identificação da obra, intransferível, porque está ligado à verdade e à liberdade exercida; b) o direito (autoral) de ligar o nome à obra, que não é direito de personalidade, devido à dissociação, que se operou, no direito brasileiro, com a regra jurídica do art. 667; c) o direito autoral da reprodução (direito de edição); d) o direito de propriedade de cada exemplar de obra reproduzida (livro, estatueta, jarro, fotogravura, disco, película). Os direitos b), c) e d) são direitos patrimoniais: o direito a) não no é.⁸⁴²

A Lei 9.610/98, nessa linha, dispôs:

Art. 24. São direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III - o de conservar a obra inédita; IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra

⁸⁴¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 17.

⁸⁴² PONTES DE MIRANDA, 1955, v. 7, p. 145.

caída em domínio público. § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem.

Nesse sentido, há inequívoco ponto de intersecção entre os Direitos Autores e o Direito das Sucessões, comprovando que o direito sucessoral não se esgota na esfera patrimonial, mas também se volta a aspectos extrapatrimoniais, uma vez que a própria lei ora em estudo atribuiu legitimidade ao herdeiro para defender a paternidade e autoria da obra, direito de manter a obra inédita, bem como mantê-la íntegra⁸⁴³, o que faz de forma expressa no artigo 24, § 1º, da Lei 9.610/98, acima transcrito. Ângela Kretschmann, assim leciona:

O direito moral do autor possui aspectos transferíveis aos herdeiros, com a prerrogativa de opor-se à mutilação da obra (inc. IV, do art. 24 da Lei 9.610/98) e a prerrogativa de publicação. Podem, assim, os herdeiros, optar pela publicação de obra inédita de autor falecido.⁸⁴⁴

A existência de obras, ainda que inéditas, que se configurem direitos autorais, devem ser objeto de proteção pelo direito, sendo direito dos herdeiros terem acesso e promoverem a partilha, devendo ser franqueados pelo provedor da *Cloud Computing*.

Quanto aos dados extrapatrimoniais, salvo aqueles que se constituem direitos autorais, cujo posicionamento quanto a seu tratamento já foi mencionado, no silêncio do antecessor, tratando-se, portanto, de sucessão legal, enquanto não houver a positivação acerca desta matéria, o enfrentamento da temática deve ser feito pelo Poder Judiciário, na lição de Claudia Lima Marques.

Assim, a intervenção do Estado na formação dos contratos vai ser exercida não só pelo legislador, como também pelos órgãos administrativos. Também ao Poder Judiciário terá nova função, pois, se as normas imperativas destas leis, aqui chamadas de intervencionistas, restringem o espaço da liberdade individual no contrato, também legitimarão o Judiciário para que exerça o tão reclamado conteúdo efetivo do conteúdo do contrato, controle da justiça contratual, em especial o controle das cláusulas abusivas.⁸⁴⁵

Marcelo Schenk Duque assim lecionou acerca desta temática:

Daí se depreende que o reconhecimento de uma eficácia direta dos particulares aos direitos fundamentais acaba, de início, por gerar colisões de direitos fundamentais,

⁸⁴³ KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade humana e direitos intelectuais:** re (visitando) o direito autoral na era digital. Florianópolis: Millenium, 2008, p. 110-113.

⁸⁴⁴ Ibid., p. 110.

⁸⁴⁵ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 249.

circunstâncias que revela um inconveniente adicional. O problema maior é que as colisões são resolvidas no caso concreto, por regra, pela ponderação de bens.⁸⁴⁶

E, nesse sentido, deverá proceder a análise a partir da ponderação do direito subjetivo à herança dos herdeiros e do direito fundamental objetivado, o direito de privacidade póstumo, estabelecendo-se o sopesamento, segundo Robert Alexy.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. [...] O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário o sopesamento nos termos da lei de colisão.⁸⁴⁷

E, como forma de sopesamento, valer-se-á a partir do direito de privacidade póstumo a teoria das esferas concêntricas de privacidade, quais sejam: vida íntima, vida privada e vida pública. Nesse sentido, a *Cloud Computing* não alcançaria ao herdeiro dados da vida íntima e lhes alcançaria dados da vida privada e pública, porquanto comprovou já ter tido acesso e consentimento por parte do falecido.

Logo, tratando-se de um casal que gosta muito de viajar e, com a morte dos mesmos, em um trágico acidente, na condição de herdeiro, o filho requer administrativamente ou judicialmente o acesso aos arquivos digitalizados das fotografias, apontando lugares públicos e referências no tempo, em que os pais estiveram, poderia ter acesso e partilhá-las com os co-herdeiros. Pelo direito de privacidade póstumo não lhe seria franqueado direito às fotografias do casal que envolvem a esfera da vida íntima. Ainda, poderia solicitar as fotos armazenadas na *Cloud Computing* que figurou na imagem, na medida que não haverá qualquer malferimento ao direito de privacidade póstumo.

No que toca à sua caixa de correspondência eletrônica, com o silêncio dos antecessores, compreende-se que os herdeiros não devem ter amplo acesso às mesmas, a não ser que comprovadamente tenham as senhas, o que no caso lhes oportunizará acesso imediato e direto, demonstrando a faculdade do prévio acesso. Nesse caso, para o acesso à correspondência eletrônica, deverá ser levado em conta o fato que trata a mensagem

⁸⁴⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais. construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 311.

⁸⁴⁷ ALEXY, 2008, p. 95; 117.

eletrônica (e-mail), demonstrando tratar-se de fato da vida privada ou da vida pública, caso contrário, não se franqueará o acesso aos herdeiros.

Compreende-se inexistir direito subjetivo ao amplo acesso das correspondências eletrônicas do antecessor, dado o direito de privacidade póstumo, visto que poderão conter informações que poderão: a) ser mal interpretadas e o falecido não está mais vivo para explicar o contexto em que foram enviadas e, neste sentido, há uma vulnerabilidade situacional, objetivada; b) correspondam a dados da vida íntima, cujo acesso o antecessor não quis dar em vida aos herdeiros e seu silêncio deve ser interpretado como desejo de permanecer inacessível.

Nesse caso, a partir da análise administrativa dos dados, bem como das informações trazidas pelos herdeiros, ou mesmo, quando do cumprimento de ordem judicial, deverá o provedor de conteúdo apresentar os dados, observando o direito de privacidade póstumo.

O “custo” ou mesmo “a dificuldade” que o provedor de conteúdo terá para cumprir estas ordens judiciais não devem ser argumentos superiores ao direito de privacidade envolvido que, em última análise, refere-se à proteção à dignidade da pessoa humana e sua projeção após a morte. Em suma: sua vulnerabilidade projetada. Portanto, inaceitáveis argumentos contrários às ações acima referidas, sob a alegação utilitarista de que seria impossível ao provedor verificar o que é ou não é próprio ou da vida íntima das pessoas envolvidas.⁸⁴⁸

b) Sucessão Testamentária

A Sucessão Testamentária, como já analisada, é aquela que decorre da vontade expressa do falecido, projetada para após morte. Pontes de Miranda, nesse rastro, diferenciando suas espécies:

A sucessão causa mortis é legítima quando a relação jurídica se irradia da morte. Sucessão testamentária é a que resulta de disposição testamentária ou codicilar (=disposição de última vontade). Morte mais testamento, negócio jurídico anterior.⁸⁴⁹

De tal arte, para que haja sucessão testamentária, inarredavelmente, haverá testamento. No Brasil, a grande maioria das sucessões não é testamentária, conforme ensina Giselda Maria Fernandes Hironaka.

⁸⁴⁸ MOSSET ITURRASPE, 1996, p. 30-31; p. 41.

⁸⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, 1972, v. 55, p. 183.

O fato é que se testa pouco no Brasil. Em verdade, testa-se pouco no mundo: o testamento está longe de ser uma prática sempre presente nos atos de cada pessoa. O testamento é mais recorrente em outras culturas do que na nossa. No Brasil, o testamento é envolto em carta aura de mistério, de distanciamento ou simplesmente de intocabilidade. [...] Esse tabu não é exclusividade nossa – ao contrário, é uma realidade contemporânea -, mas se faz muito presente no Brasil. Quantas são as famílias em que há a iniciativa de se falar abertamente sobre a morte de cada um dos seus integrantes e sobre as consequências, para todos os demais à mesa, desse episódio? E, portanto, sobre o qual seria a melhor maneira de preparar esse momento ou de preveni-lo: se seria conveniente fazer um seguro de vida, se seria oportuno comprar um terreno no cemitério, se seria apropriado doar os órgãos etc. Seria conveniente organizar, em vida, um planejamento sucessório, a valer depois da nossa morte?⁸⁵⁰

Nesse sentido, a projeção da vontade após a morte, através de testamento, muitas vezes, sofre resistência de ordem cultural. Contudo, pode ser meio hábil para que o falecido disponha acerca do destino dos dados que estão armazenados na *Cloud Computing*. Têm-se como formas ordinárias de testamento, nos termos do artigo 1.862 do Código Civil brasileiro: testamento público; testamento cerrado; e testamento particular.⁸⁵¹ Segundo Cahali e Hironaka, o testamento público pode ser assim conceituado:

É o lavrado pelo tabelião ou por seu substituto legal em livro de notas, de acordo com a declaração de vontade do testador, exarada verbalmente em língua nacional, perante o mesmo oficial e na presença de duas testemunhas idôneas e desimpedidas, podendo o testador valer-se de uma minuta, notas ou apontamentos trazidos consigo.⁸⁵²

Por sua vez, o testamento cerrado é modalidade admitida no ordenamento jurídico pátrio, optando o testador pelo sigilo.

O testamento cerrado, então, às vezes também designado testamento secreto místico, é o escrito pelo próprio testador ou por outra pessoa, a seu rogo, cujas disposições podem ser de caráter estritamente sigiloso, se assim preferir o testador, e que se completa pelo instrumento lavrado pelo oficial público, que o aprova, sempre na presença de duas testemunhas.⁸⁵³

E, ainda, o testamento particular, assim conceituado: “O testamento particular, aberto ou hológrafo, é o escrito e assinado pelo próprio testador, e lido em voz alta, pelo próprio testador, perante três testemunhas idôneas, que também subscrevem.”⁸⁵⁴ Evidentemente,

⁸⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória e concorrente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 21-22.

⁸⁵¹ CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 271.

⁸⁵² Ibid., p. 271.

⁸⁵³ Ibid., p. 279.

⁸⁵⁴ Ibid., p. 283-284.

poderá também o testador, de forma excepcional, valer-se do testamento marítimo, aeronáutico e militar, na lição de Hironaka.

O testamento marítimo é a declaração de última vontade feita a bordo de navios nacionais, de guerra ou mercantes, quando o testador receie morrer antes de chegar a terra (CC, art. 1888), ao passo que o testamento aeronáutico é aquele externado, segundo as disposições legais, por pessoa que esteja em viagem a bordo de aeronave militar ou comercial (art. 1889) Testamento militar. Sua previsão legal, entre nós, vem estampada no art. 1.893 do Código Civil, traduzindo a última vontade feita por militares e demais pessoas a serviço das Forças Armadas em campanha, dentro ou fora do País, ou em praça sitiada ou com as comunicações interrompidas.⁸⁵⁵

O Codicilo também pode ser o meio para que se opere a transmissão de bens, no caso de dados, por meio de manifestação de vontade, para a sua projeção após a morte. Pontes de Miranda assim conceitua este instituto:

Codicilo, diminutivo de *codex*, pequeno rôlo, caderninho, mantém-se através dos tempos, como forma simplificada, inferior, do testamento. Poderes, extensão, exigências formais, variaram, desde o seu aparecimento. Como os testamentos especiais, foi criação imposta pela vida e constitui vitória da *voluntas* contra a forma.⁸⁵⁶

Eduardo de Oliveira Leite, assim conceitua:

A forma do codicilo é hológrafa simplificada. O documento é escrito, datado e assinado pelo testador. Embora o legislador não tenha referido à questão do emprego do processo mecânico, entendemos que o codicilo pode ser escrito com o seu emprego, pelas mesmas razões anteriormente examinadas quanto ao testamento particular.⁸⁵⁷

No Direito Brasileiro, o Código Civil assim preceitua, em seu artigo 1.881.

Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Nesse sentido, observando os requisitos de cada uma de suas formas, seja o codicilo, seja o testamento sob a via ordinária ou mesmo extraordinária poderá, em regra, o antecessor atribuir o destino dos dados depositados na *Cloud Computing*, inclusive, determinando quais

⁸⁵⁵ CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 310; p. 313.

⁸⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, v. 59, p. 243.

⁸⁵⁷ LEITE, 2014, v. 6, p. 189.

os dados são acessíveis ou negados aos herdeiros, bem como apontando a quem os mesmos devem ser alcançados.

Importa referir que, quanto à destinação de dados a herdeiros necessários ou mesmo a terceiros, de caráter patrimonial, não poderá ofender a parte indisponível. No que toca aos dados de natureza extrapatrimonial, poderão ser destinados via testamento, como admitido ao longo da história do direito sucessoral, e neste particular, negando acesso a herdeiros.

4.3.1.3 Relação entre Herdeiro e Provedor de Conteúdo

A relação entre Herdeiro e Provedor de Conteúdo é de natureza legal e contratual. É possível conceituá-la como legal, uma vez que é o direito sucessório que legitima o herdeiro para pleitear os dados/arquivos armazenados havidos na *Cloud Computing* que pertenciam ao antecessor. Também o é de natureza contratual, visto que o herdeiro, uma vez sucessor, prosseguirá o contrato feito entre Usuário-morto e provedor de conteúdo, nos limites patrimoniais, não os existenciais.

Esta é a relação mais motivadora do aprofundamento dos presentes estudos pois, aqui ocorrerão os conflitos dignos de solução, com base nos estudos já realizados. Juridicamente, hoje, no Brasil, é esta via que merece atenção redobrada pois, a partir das regras sucessórias, sejam legais ou testamentárias, conforme as reflexões desenvolvidas, é que o acesso será ou não concedido aos herdeiros.

Os sucessores pleitearão administrativamente o acesso aos dados e o provedor de conteúdo, a partir do contrato havido entre as partes, da preocupação em designar pessoa autorizada para acesso ou não, ou ainda, das leis nacionais acerca da sucessão legal, é que deferirá ou não a entrega dos dados armazenados. Eis o nascimento da lide.

Importa destacar que, com o advento do Marco Civil da Internet, esta relação jurídica deverá obedecer à legislação brasileira, nos veios do seu artigo 11.

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros. § 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil. § 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.

Referido dispositivo é de grande importância, na medida em que retira o usuário da internet do espaço a-jurídico, resolvendo as questões de Geo-Direito enfrentadas. Dessa forma, estabelecido que caso um dos atos de coleta ou armazenamento ocorra em território brasileiro, aplicando-se também quando apenas um dos terminais esteja localizado no Brasil ou, simplesmente, oferte serviço ao público brasileiro, dá maior segurança jurídica aos brasileiros que contratam via internet. Ademais, o fato do provedor de conteúdo lançar-se ao mundo virtual, tratando com usuários de inúmeras nacionalidades, faz com que tenha que se adaptar aos ordenamentos jurídicos.

Nesse caminho, juridicamente, poderão os provedores de conteúdo ser oficiados judicialmente em inventários para prestar esclarecimentos sobre dados em nome de usuários falecidos, bem como instados a viabilizarem acesso aos herdeiros declarados judicialmente.

Além disso, poderão os herdeiros ajuizar ação de exibição de documentos, na modalidade de obrigação de fazer, nos termos do artigo 461 do Código de Processo Civil.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.⁸⁵⁸

É o que se depreende em ações análogas:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXIBIÇÃO. INFORMAÇÕES ELETRÔNICAS. MENSAGENS AGRESSIVAS ENVIADAS ATRAVÉS DO SERVIÇO DE SMS ("SHORT MESSAGE SERVICE") PARA O TELEFONE CELULAR DA AUTORA. COMINAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 372/STJ. TÉCNICA DAS DISTINÇÕES ("DISTINGUISHING").

1 - Ação de exibição de documentos movida por usuária de telefone celular para obtenção de informações acerca do endereço de IP ("Internet Protocol") que lhe enviou diversas mensagens anônimas agressivas, através do serviço de SMS disponibilizado no sítio eletrônico da empresa de telefonia requerida para o seu celular, com a identificação do nome cadastrado. 2 - Inaplicabilidade do enunciado da Súmula 372/STJ, em face da ineficácia no caso concreto das sanções processuais previstas para a exibição tradicional de documentos. 3 - Correta a distinção feita pelo acórdão recorrido, com a fixação de astreintes, em montante razoável para compelir ao cumprimento da ordem judicial de fornecimento de informações (art. 461 do CPC). 4 - RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.⁸⁵⁹

⁸⁵⁸ Com o Novo Código de Processo Civil, passará a ser o artigo 484, de acordo com o Projeto de Lei sob o número 166 de 2000. <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496> Acesso em: 15 jan. 2015.

⁸⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1359976/PB. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 25 nov. 2014. **DJe** 2 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exibi%E7%E3o+e+documentos+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#DOC1>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

Importa trazer a experiência do Uruguai quanto à matéria que, em sua Lei 18.331 sobre Proteção de Dados Pessoais, permite, inclusive, a via do “Habeas Data”.

Uruguay. Ley 18.331 sobre Protección de Datos Personales y Acción de ‘Habeas Data’ de 18 de agosto de 2008. La misma establece en su artículo 14, el Derecho de acceso de los sucesores universales del fallecido mediante presentación de la sentencia declaratoria de herederos. Para el caso en concreto, los ahora titulares podrán solicitar la información personal del fallecido ante instituciones públicas o privadas. Esta norma se expande al artículo 39 referente al Derecho de Acción de Habeas Data.⁸⁶⁰

José Afonso da Silva já identifica os “fichários eletrônicos”, enfim, os bancos de dados, aduzindo em sua obra a possibilidade de Habeas Data.

O intenso desenvolvimento de complexa rede de fichários eletrônicos, especialmente, sobre dados pessoais, constitui poderosa ameaça à privacidade das pessoas. O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada. O perigo é tão maior quanto mais a utilização da informática facilita a interconexão dos fichários com a possibilidade de formar grandes bancos de dados que desvendem a vida dos indivíduos, sem sua autorização e até sem seu conhecimento.⁸⁶¹

No Brasil, o Habeas Data está disposto no artigo 5º, em seu inciso LXXII.

LXXII - conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que a legitimidade para pleitear os dados é atribuída somente à própria pessoa, bem como que os bancos dados devem se ser “entidades governamentais ou de caráter público”. Danilo Doneda apresenta a flexibilização destes elementos:

Algumas dessas limitações foram, em certa medida, superadas, com por exemplo, o entendimento restritivo segundo o qual a legitimidade para impetrar o *habeas data*, tratando-se de ação personalíssima, “morreria com o titular”, entendimento que hoje parece superado após um longo período de hesitação de jurisprudência; outras não: mencione-se, por exemplo, a questão da sua aplicabilidade somente a banco de dados “de entidades governamentais ou de caráter público”, presente na norma constitucional. A ambiguidade da expressão “de caráter público” motivou uma atuação positiva da doutrina e da jurisprudência para estender a abrangência da ação

⁸⁶⁰ SARAVIA, 2010, p. 212.

⁸⁶¹ SILVA, 2007, p. 209-210.

além dos órgãos públicos, entendimento este que prosperou com o Código de Defesa do Consumidor.⁸⁶²

Ademais, a Lei sob o nº 9.507 de 1997 estabelece o conceito de caráter público, em seu artigo 1º, parágrafo único.

Parágrafo único. Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações.⁸⁶³

A *Cloud Computing* é um meio em que dados (informações) são armazenados e que, em determinadas situações, podem ser transmitidas a terceiros, nos termos da lei, como consta no Marco Civil da Internet. Nesse sentido, a partir deste entendimento, é possível flexibilizar e quem sabe a jurisprudência venha a evoluir, nestes veios, para aplicar o *habeas data* ao caso.

Quanto à legitimidade dos sucessores, a literalidade da norma constitucional já foi interpretada extensivamente.

HABEAS DATA – DADOS DE CÔNJUGE FALECIDO – LEGITIMIDADE DO SUPÉRSTITE. Conforme alcance do artigo 5º, inciso LXXII, alínea “a” da Constituição Federal, é assegurado ao cônjuge supérstite o conhecimento de informações relativas ao falecido, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais.⁸⁶⁴

Dessa forma, tanto sob o viés administrativo, como judicial, deverão as partes, ou os operadores do Direito, partirem da reflexão que envolve direito da sucessão, de personalidade, direitos dos contratos e do consumo.

⁸⁶² DONEDA, 2006, p. 336.

⁸⁶³ BRASIL. Lei sob o nº 9.507 de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19507.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

⁸⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 589257 AgR. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 5 ago. 2014. DJe-164 DIVULG 25-08-2014 PUBLIC 26-08-2014. Acesso em: 15 jan. 2015. Disponível em: <www.stf.br>.

4.4 LEGE FERENDA

4.4.1 Necessidade de Legislação sobre a Matéria da Sucessão Telemática

Legislar não é uma tarefa simples. Criar leis limitando-se ao atendimento de pressupostos teóricos afasta o direito da realidade. Assim, lecionou Miguel Reale, alertando acerca da necessidade da concretidade:

Concretidade, que é? É a obrigação que tem o legislador de não legislar em abstrato, para um indivíduo perdido na estratosfera, mas, quanto possível, legislar para o indivíduo situado: legislar para o homem enquanto marido; para a mulher enquanto esposa; para o filho enquanto um ser subordinado ao pátrio poder.⁸⁶⁵

Importante destacar que a preocupação em legislar acerca desta matéria não é inédita, como se demonstra a partir do Projeto de Lei, PL 4.099/2012, para alteração do artigo 1.788 do Código Civil brasileiro.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º. Esta lei altera o art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”, a fim de dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança.

Art. 2.º. O art. 1.788 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

“Art. 1.788 .

Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.” (NR)

Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.⁸⁶⁶

Na apresentação do projeto, depreende-se a sua justificação:

Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas. É preciso que a lei civil trate do tema, como medida de prevenção e pacificação de conflitos sociais. O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais. Creemos que a medida aperfeiçoa e atualiza a legislação civil, razão pela qual conclamamos os Nobres Pares a aprovarem esta proposição.⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ REALE, 1986, p. 13.

⁸⁶⁶ BRASIL. **Projeto de Lei, PL 4.099/2012.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=979C6C674BC820CDF82A173CACBCB680.proposicoesWeb1?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012>. Acesso em: 11 jan. 2015.

⁸⁶⁷ Ibid.

É bem verdade que leis passem a tratar sobre esta questão, no entanto, com a devida vênia, o projeto de lei não atenta ao direito de privacidade póstumo, expondo aos herdeiros o círculo de privacidade da vida íntima do falecido, em contrariedade, ao que o ordenamento jurídico brasileiro preceitua. Nesse sentido, em que pese louvável seu escopo, acaba por ferir princípios sucessorais, com os limites da transmissibilidade de direitos, não excepcionando questões de intransmissibilidade personalíssimas, violando direitos de personalidade, enfim, o direito de privacidade póstumo.

4.4.2 Direção Social e as Cláusulas Contratuais

Defende-se, portanto, diante dos diplomas ora trazidos, que deve ser inserido em nível legislativo, seja no Código Civil, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor ou mesmo no Marco Civil da Internet, dispositivos que obriguem os provedores a inserirem cláusulas contratuais, tratando sobre o destino dos dados, no caso de morte do usuário. Diante da natureza do contrato, bem como das partes envolvidas, tal intervenção faz-se inarredável, na lição de Claudia Lima Marques.

O conteúdo de muitos contratos será ditado, regulamentado ou autorizado pelo poder estatal. Os contratos pré-redigidos pelas empresas substituirão o negócio jurídico bilateral antes concluído individualmente, desaparecendo o laborioso processo de negociações e discussões preliminares. Permanece a liberdade de contratar, isto é, de realizar ou não um determinado contrato, mas a liberdade contratual, liberdade para determinar o conteúdo da relação obrigacional sofreria graves limitações através das novas técnicas de contratação e, também, através do intervencionismo legal na vida dos contratos, por exemplo, quando da fixação obrigatória de preços ou da renovação compulsória de locações para os atuais inquilinos.⁸⁶⁸

Dessa feita, no caso concreto, o ingresso de cláusulas desta natureza no conteúdo contratual, ditadas pelo Estado-Legislator, promovem direitos fundamentais, afetos ao direito de personalidade, de privacidade, de sucessão, de sigilo. Nesse sentido,

o contrato é o instrumento de circulação de riquezas da sociedade, mas hoje é também instrumento de proteção dos direitos fundamentais do consumidor, realização dos paradigmas de qualidade, de segurança, de adequação dos serviços, e produtos no mercado brasileiro. Estes paradigmas concretizam não só a nova ordem econômica constitucional (art. 170, V, da CF), mas também os mandamentos constitucionais de igualdade entre os desiguais (art. 5º, da CF), de liberdade material das pessoas físicas e jurídicas (art. 5º, c/c art. 170, V, da CF), e, em especial, da dignidade deste sujeito como pessoa humana (art. 1, III, c/c art. 5º, XXXII, da CF)⁸⁶⁹

⁸⁶⁸ MARQUES, 2011, p. 249.

⁸⁶⁹ Ibid., p. 249.

Defende-se que, na confecção das cláusulas contratuais, se observem dois aspectos: subjetivo e objetivo.

a) Aspecto Subjetivo

Os provedores de conteúdo que estão sujeitos à legislação brasileira deverão oportunizar ao usuário, quando da contratação, ou mediante aditivo contratual, que decida sobre o destino dos dados armazenados na *Cloud Computing*, por ocasião da morte ou falta de acesso por mais de seis meses, esclarecendo quem serão os destinatários dos mesmos, ou ainda, se optam pela vedação de acesso a qualquer pessoa.

Na hipótese de optar por alcançar os dados a terceiros, o provedor deverá operacionalizar um campo no contrato, em que haverá indicação de quem está autorizado a acessar os dados armazenados na *Cloud Computing* em caso de morte, ou ainda, caso desejar o usuário, opte pela ordem da vocação hereditária, nos termos da legislação civil. Deverá, ainda, constar, contratualmente que, no silêncio do usuário, aplicar-se-ão as regras da sucessão legítima.

De qualquer modo, para a finalização do cadastramento do usuário ou para continuidade da prestação, no caso de contratos em andamento, deverá constar o nome de uma pessoa para contato, com indicação de endereço, telefone, bem como correio eletrônico, para o caso de retorno pelo provedor de conteúdo à comunicação de falecimento ou, ainda, de não-utilização do serviço por determinado período.

Evidentemente que a inserção de novas cláusulas contratuais gera para o provedor de conteúdo novas obrigações, mesmo após terminado o contrato, que deverão ser cumpridas sob pena de serem exigidas por quem de direito, autorizados e sucessores, sob as penas da lei.

O Marco Civil da Internet, neste ponto, colabora definitivamente para os casos de descumprimento de referidos deveres contratuais, estabelecendo sanções progressivas para os provedores de conteúdo. É o que se depreende da combinação dos artigos 10 e 11, do referido diploma.

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do

terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º. § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º. § 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição. § 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais.

Dessa forma, ainda que não tenha legislado em sua completude sobre o objeto do estudo, o artigo 10 do Marco Civil da Internet determinou aos provedores o dever de guarda dos dados, que implica, no caso de morte, alcançá-los a quem de direito, aos seus sucessores ou autorizados pelo falecido. Proceder de forma diversa é o mesmo que ferir o dever de guarda, determinado por força de contrato e de lei. Além disso, deve-se observar o direito de privacidade, o que também compreende a norma objetiva em relação ao falecido.

Assim, conclui-se que, caso os provedores de conteúdo não observem o acima referido, poderão sofrer as seguintes sanções:

Art. 12. Sem prejuízo das demais sanções cíveis, criminais ou administrativas, as infrações às normas previstas nos arts. 10 e 11 ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções, aplicadas de forma isolada ou cumulativa: I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas; II - multa de até 10% (dez por cento) do faturamento do grupo econômico no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, considerados a condição econômica do infrator e o princípio da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; III - suspensão temporária das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11; ou IV - proibição de exercício das atividades que envolvam os atos previstos no art. 11. Parágrafo único. Tratando-se de empresa estrangeira, responde solidariamente pelo pagamento da multa de que trata o caput sua filial, sucursal, escritório ou estabelecimento situado no País.

Nesse sentido, este dispositivo reforça que a violação à privacidade do falecido não se trata apenas de um direito subjetivo do familiar, conforme o rol indicado em lei, a teor dos artigos 12 e 20 do Código Civil brasileiro. Em verdade, vai além, defende-se tratar de violação a um direito fundamental protegido como valor, de forma objetiva, e, dessa forma, o provedor de conteúdo poderá, inclusive, sofrer advertência, suspensão ou mesmo proibição de atividades no país. Referidas medidas desestimulam a violação a direitos por parte dos provedores de conteúdo.

b) Aspecto Objetivo

Outra via a ser utilizada é a opção dada pelo provedor de classificação de dados pelo usuário na *Cloud Computing*. O usuário, ao acessar o serviço, poderia classificar os dados armazenados com base na teoria das esferas ou dos círculos⁸⁷⁰, em que o provedor de conteúdo oportunizaria a reunião destes dados em determinadas pastas específicas ou, simplesmente, permitiriam que fossem “etiquetados” pelo sistema, como de vida íntima, privada ou vida pública.

Nesse caso, durante a utilização, o usuário, ao longo do armazenamento, passaria classificando os dados, e, no momento de alcançá-los aos herdeiros, poderia estabelecer, em face dos níveis de privacidade, quais seriam entregues e quais seriam descartados. No silêncio do usuário sobre quais dados seriam entregues aos herdeiros, o provedor de conteúdo reservaria os dados da vida íntima, alcançando aos herdeiros apenas os dados relativos à vida privada e pública aos herdeiros.

4.4.3 Proposta Legislativa

A partir dos estudos desenvolvidos, apresenta-se proposta legislativa acerca do Código Civil brasileiro, tendo os seguintes fundamentos:

- a) Na sucessão legal, admite-se o acesso ilimitado aos dados de cunho patrimonial, excetuando apenas, no que toca aos dados de natureza extrapatrimonial, aqueles dados sensíveis da vida íntima, que tinha o falecido, enquanto viveu.
- b) Na sucessão testamentária, a possibilidade de testar todos os dados, mesmos os dados sensíveis, desde que observados os direitos dos demais herdeiros; e, no tocante, sendo permitida a vedação de acesso de dados aos herdeiros, exceto aqueles de natureza patrimonial, salvo em se tratando de situação de deserdação ou indignidade, na forma da lei.

Dessa forma, apresenta-se projeto de lei:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º Esta lei cria o art. 1.788-A na Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”, a fim de dispor sobre a sucessão telemática, relativamente aos dados, bens e contas digitais do autor da herança.

Art. 2.º O art. 1.788-A da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar:

⁸⁷⁰ PICARD, 1999, p. 60.

Art. 1.788-A. Serão passíveis de transmissão aos herdeiros os dados, bens e conteúdos de contas ou arquivos digitais, inclusive, os armazenados em *Cloud Computing*, de titularidade do autor da herança, desde que:

§ 1º Na sucessão legal, tratem-se de dados de cunho exclusivamente patrimonial, ou, caso sejam de natureza extrapatrimonial, estes não ofendam ao direito de privacidade póstumo, no que pertine à esfera da vida íntima que tinha o falecido, quando vivia, como dados de origem racial, étnica, política, filosófica, religiosa, de saúde e sexual.

§ 2º Na sucessão testamentária, será possível, por testamento, codicilo ou manifestação constante em instrumento contratual havido entre provedores e usuários, determinar o acesso a todos os dados, de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, podendo ser de todas as esferas de privacidade (vida íntima, privada ou pública), ou, ainda, com limitações, desde que, quanto aos dados de cunho patrimonial, não ofendam o direito dos demais herdeiros, na forma deste Código;

§ 3º É permitido, pela via testamentária ou constante do contrato entre provedores e usuários, vedar o acesso aos dados aos herdeiros, desde que sejam de conteúdo exclusivamente extrapatrimonial, salvo em se tratando de deserdação ou indignidade, que envolverão também os dados armazenados de natureza patrimonial.

Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.⁸⁷¹

Esta seria a proposta, no sentido de abarcar todos os estudos e conceitos até então trazidos.

De igual forma, propõe-se a seguinte alteração legislativa no Marco Civil da Internet:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1.º. Esta lei altera o art. 7º da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, que “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, com a inclusão do inciso XIV, a fim de garantir o direito à sucessão telemática, relativamente a dados, bens, conteúdos, arquivos digitais:

Art. 2.º. O art. 7º da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, passa a vigorar:

“Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

XIV – o direito à sucessão *causa mortis* dos dados, bens, conteúdos, arquivos digitais, determinando aos fornecedores de serviços que oportunizem aos usuários, quando da contratação ou mediante aditivo contratual, a se manifestarem sobre a destinação dos dados, em caso de morte, inclusive, em caso de vedação de acesso aos herdeiros, observado o direito à herança.”

Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.⁸⁷²

4.5 ANÁLISE DE CASOS

Buscando dar um viés prático aos estudos desenvolvidos, passar-se-á à análise de casos hipotéticos que permitam a aplicação da pesquisa realizada. Tratar-se-ão de situações

⁸⁷¹

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=979C6C674BC820CDF82A173CACBCB680.proposicoesWeb1?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012 Acesso em: 11 jan. 2015.

⁸⁷²

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=979C6C674BC820CDF82A173CACBCB680.proposicoesWeb1?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012 Acesso em: 11 jan. 2015.

que não correspondem à vida real, servindo como um exercício a todo o estudo realizado. Evidentemente, para evitar a tautologia serão referidos os institutos desenvolvidos durante a tese.

4.5.1 Correio Eletrônico

Joana, viúva, sessenta anos, é titular de uma caixa de correio eletrônico. Seus filhos, Pedro e José, desejam ter acesso à sua caixa de correspondência, com o intuito de ter acesso aos últimos escritos de sua mãe. Dessa forma, com a sua morte, solicitam ao provedor que lhes deem acesso às mensagens, tendo sido negado. No caso concreto, a resposta do provedor é adequada?

À luz dos estudos realizados, compreende-se que o procedimento do provedor é compatível com o ordenamento jurídico pátrio. Tendo em vista se tratar de correspondências, que tratam de dados referentes às mais variadas esferas de privacidade. Dar acesso amplo seria ferir e violar o direito de privacidade póstumo e negar as situações de intransmissibilidade, personalíssimas, já estudadas. Enquanto não houver uma classificação entre provedor de conteúdo e usuário sobre a natureza dos dados (vida íntima, privada ou vida pública), não é possível dar acesso amplo aos e-mails, às mensagens eletrônicas.

O acesso puro e simples de dados do falecido ao herdeiro, expondo o não-sujeito a interferências após a sua morte, poderia distorcer sua imagem, por interpretações de escritos que não mais estaria aqui para contestar ou explicá-los, violando o direito de privacidade póstumo. Um fato de sua vida pregressa revelado poderia mudar a visão dos vivos sobre este falecido, tratando-se de uma espécie de vulnerabilidade póstuma, por não mais poder dizer o morto nada a respeito.

Ocorre que, caso os herdeiros tivessem como foco determinado e-mail (mensagem), transmitindo as informações essenciais, circunstâncias envolvidas e estivesse no círculo da esfera privada ou pública, poderia aqueles dados determinados serem alcançado aos herdeiros. Não a totalidade da caixa de e-mails.

Outra situação é o caso dos herdeiros terem consigo a senha e login do falecido, o que implicaria em implícita autorização para acesso aos dados constantes na caixa de correspondência eletrônica, que poderiam fazer imediatamente, sem qualquer solicitação formal.

4.5.2 Rede Social (Facebook)

João, trinta e dois anos, ainda solteiro, tem uma vida virtual junto ao Facebook, uma rede social. Infelizmente, subitamente, falece em decorrência de um ataque cardíaco fulminante, deixando seus pais muito entristecidos. Ocorre que, poucos minutos após a sua morte se tornar pública, inúmeros amigos deixam mensagens positivas e de condolências à família. Entre as mensagens, verificam-se manifestações de profunda amizade, de respeito, declarações de amor e mesmo manifestações do profissionalismo de João. Os pais, no caso, têm duas opções: a) transformam a conta em memorial; b) procedem à sua remoção.⁸⁷³ Isto é possível, em razão da proteção ao direito de imagem, próprio, nos termos do artigo 12 e 20 do Código Civil brasileiro.

Ocorre que, no que toca ao seu conteúdo dos dados, poderão ser alcançados a sua integralidade aos pais, administrativamente ou judicialmente⁸⁷⁴. Evidentemente, que as fotografias e publicações na linha do tempo, que são públicas e podem ser acessadas por todos, entendem-se ser de amplo acesso aos sucessores, por estarem na esfera da vida pública de João, compreende-se, no entanto, que isso não ser possível em relação às mensagens *in box* (mensagens trocadas com terceiros, que não são publicadas ao grande público), visto que estariam protegidas pelo direito de privacidade póstumo, eis que não é possível diferenciar em quais esferas de privacidade estariam estes dados.

4.5.3 Fotografias armazenadas na *Cloud Computing*

Carla e Matias formam um belo casal. Assim que os filhos alcançaram a maioridade passam a viajar por inúmeros locais do mundo. Desde a América do Sul, à Europa, inclusive países do Oriente. Ocorre que, subitamente, o casal falece, em razão de um acidente de automóvel, durante o ano, em sua cidade. A rápida partida, sem tempo de se despedir, não permite que as fotografias das belas viagens dos pais sejam armazenadas pelos seus filhos, como recordações, estando todas em uma *Cloud Computing*. Os filhos, ao solicitarem administrativamente, são informados que as fotos somente poderão ser alcançadas judicialmente. O caso é encaminhado ao Poder Judiciário. Como o magistrado poderia analisar esta questão, à luz dos estudos realizados?

⁸⁷³ <https://www.facebook.com/help/contact/651319028315841> Acesso em: 12 jan. 2015.

⁸⁷⁴ <https://www.facebook.com/help/359046244166395/> Acesso em: 12 jan. 2015.

No caso, em não tendo sido deixado testamento, bem como na ausência de cláusula contratual entre provedor de conteúdo e usuários, ora falecidos, as informações poderão ser franqueadas, desde que se referiam a fotografias da esfera da vida privada e pública dos pais. Assim, poderão os filhos referirem locais e datas, requerendo que sejam alcançadas as fotografias de viagens, eis que não se tratam de dados da vida íntima.

4.5.4 Informações Biomédicas do Falecido

Carlos, solteiro, morre em face da doença sífilis, sexualmente transmissível (DST), mantendo, reservadamente, os exames e fotos de seu corpo, em sua *Cloud Computing*. Enquanto acometido da patologia, usava roupas extremamente discretas que cobriam seu corpo, membros inferiores e superiores. Após a sua morte, um de seus familiares, Roberto, desejando ter acesso a estas fotografias, busca judicialmente.

No caso, há que ser vedado o acesso, uma vez, à luz da teoria das esferas da privacidade, tal dado seria decorrente da vida íntima do falecido, devendo ser protegido o seu direito de privacidade póstumo. Ademais, tal exposição apenas se daria em razão de uma curiosidade de Roberto, não sendo autorizada a entrega de dados que, no caso, são sensíveis.

Outro caso se revela, caso demonstre provado que um familiar busca informações ou dados biomédicos, em face de alguma outra patologia, de cunho genético, que interessa ao grupo familiar.

4.5.5 Livros e Músicas Digitais do Falecido

Armando, pessoa extremamente culta, reúne um acervo virtual de livros e músicas adquiridos (SoundCloud) ao longo do tempo. Com a morte de Armando, Paulo, seu único filho busca o acesso a estes dados em sua *Cloud Computing*, sendo negado o acesso. Pergunta-se: Paulo poderá ter acesso a estes dados?

A informação é positiva, visto que os dados são de natureza patrimonial. No caso, negar a Paulo o direito de acesso seria o mesmo que frustrar seu direito à herança, direito fundamental. Caso Armando tivesse determinado que os dados não deveriam ser entregues a Paulo esta determinação não seria válida, em face do direito à herança, configurando uma ilegal frustração a um direito sucessório a um herdeiro legítimo.

4.5.6 Disposição Testamentária de Não Acesso aos Herdeiros de Obras Inéditas do Falecido

Franz Kafka, que morreu em Viena, vítima de tuberculose, antes de sua morte, manifestou a vontade de que seus textos fossem destruídos e, tendo em vista a desobediência de Max Brod, foi possível acesso a obras como “O Processo”, de 1925, bem como “O Castelo”, de 1926.⁸⁷⁵ Como ficaria esta situação, caso uma obra literária de tamanha importância estivesse em uma *Cloud Computing*?

No caso, poder-se-ia analisar sob dois enfoques:

A uma, caso a obra ofendesse diretamente direito de privacidade do autor, ou mesmo, que devesse permanecer inédita, em face de ser colidente com outras obras escritas, ferindo o direito de personalidade do escritor, nesse caso, compreende-se ser possível, mesmo tendo um viés patrimonial, por ofender o direito de personalidade do falecido, que a obra não viesse a ser publicada. Nessa linha, Ângela Kretschmann afirma:

A hipótese seria adequada para casos extremos em que se verificasse que a opção do autor pelo ineditismo envolvia a preocupação com outras prerrogativas inerentes à personalidade, como sua própria imagem, sua honorabilidade, etc., casos em que se imaginasse que o autor realmente sofreria com a publicação, pois já havia emitido opinião contrária, em obra posterior.⁸⁷⁶

A duas, caso não estivéssemos diante da possibilidade acima aventada, ou seja, inexistindo ofensa a direito de privacidade póstumo, uma vez que se refere a obras de natureza patrimonial, compreende-se que a negativa de acesso seria uma forma de burlar o direito fundamental à herança e, neste caso, salvo na hipótese de deserdação ou indignidade, seria juridicamente viável o acesso e exploração da obra intelectual, mesmo diante da negativa pelos sucessores. Nesse sentido, Ângela Kretschmann leciona:

A legislação, por outro lado, não explica o que fazer no caso do autor, além de manifestar interesse em manter a obra inédita, resolver que as obras não publicadas deverão ser destruídas pelos herdeiros. Casos famosos são encontrados na doutrina, como Franz Kafka, que deixou em testamento a ordem queimar os originais, e Max Brod decidiu não cumprir a vontade do amigo. De fato, após a morte do autor, e transferindo-se aos herdeiros o direito ao inédito, a eles cabe decidir não publicar, mas também poderão publicar, barando mão do ineditismo.⁸⁷⁷

⁸⁷⁵ <http://www1.folha.uol.com.br/livrariadafolha/2013/06/1289081-franz-kafka-queria-que-seus-textos-fossem-destruidos.shtml> Acesso em: 12 jan. 2015.

⁸⁷⁶ KRETSCHMANN, 2008, p. 113.

⁸⁷⁷ Ibid., p. 113.

Nessa linha, no caso de obras literárias inéditas, na *Cloud Computing*, a regra geral deve ser o amplo acesso e partilha aos herdeiros. No entanto, em havendo violação ao direito de privacidade, poder-se-ia vedar o acesso. No caso de Franz Kafka, o magistrado deveria analisar o conteúdo de cada uma das obras para autorizar ou não o acesso e publicação.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com o presente estudo, debruçar-se sobre a sucessão *causa mortis* de dados armazenados na *Cloud Computing*, tendo em vista o direito de privacidade e seus reflexos póstumos. Para tanto, harmonizou-se três temáticas: a Computação nas Nuvens, como meio de armazenamento e comunicação de dados; o Direito das Sucessões, uma vez que os usuários que armazenam os dados são seres humanos sujeitos à morte; e o Direito de Privacidade Póstumo.

No primeiro capítulo, a *Cloud Computing* foi apresentada como resultado de um processo histórico, tendo sido elencado entre os meios de armazenamento e transmissão de dados (informações) desenvolvidos pela humanidade, ao longo dos séculos. Partiu-se do conceito de “trofolaxe humana”⁸⁷⁸, das “afecções humanas”⁸⁷⁹, em direção à palavra falada, como “primeira tecnologia pela qual o homem pôde desvincular-se de seu ambiente para retomá-lo de novo modo.”⁸⁸⁰ Apresentou-se a importância do alfabeto, que trouxe uniformidade de códigos, alcançando “um novo suporte”⁸⁸¹, permitindo que, com a escrita, o ser humano pudesse vencer as barreiras de tempo e de espaço, estendendo a memória.⁸⁸² Discorreu-se, ainda, acerca do nascimento da imprensa, que descortinou a “Galáxia de Gutenberg”⁸⁸³, momento histórico em que livros, jornais e correspondências eram consideradas “interfaces privilegiadas da comunicação”.⁸⁸⁴ Foi abordada a implementação da tecnologia elétrica, que proporcionou, em um primeiro momento, a invenção do telégrafo, em 1830, e, posteriormente, o telefone, em 1860, tornando a comunicação rápida e instantânea.⁸⁸⁵ Com a invenção do rádio avançou-se à “Galáxia de Marconi”, referindo-se ao físico italiano Guglielmo Marconi, seguido, em 1923, pela invenção da televisão. Dessa forma, o telégrafo, o telefone e a televisão decorreram de uma tecnologia analógica, por irradiação.⁸⁸⁶

⁸⁷⁸ Explica Azambuja que a trofolaxe é uma interação química que, nos insetos, permite a coesão social. (AZAMBUJA, 2012, p. 298.)

⁸⁷⁹ ARISTÓTELES. **Da interpretação**. Tradução de José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 3.

⁸⁸⁰ MACLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões dos homens**. Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1964, p. 77.

⁸⁸¹ Ibid., p. 268.

⁸⁸² THOMPSON, 1995, p. 39.

⁸⁸³ MACLUHAN, Marshall. **The Gutenberg galaxy: the making of typographic man**. Toronto: Toronto University Press, 2011, p. 278.

⁸⁸⁴ AZAMBUJA, op. cit., p. 499.

⁸⁸⁵ MARCONDES FILHO, 2013, p. 49.

⁸⁸⁶ Ibid., p. 15.

Investigou-se, no transcurso da história, o aparecimento dos primeiros computadores, no ano de 1945, que funcionavam como “calculadoras programáveis capazes de armazenar programas”.⁸⁸⁷ Dando continuidade à pesquisa, analisou-se a Internet, sua origem, desde o seu nascimento, no âmbito militar, em 1969, evoluindo para o meio acadêmico, com os primeiros “nós” havidos entre a Universidade da Califórnia – nas cidades de Los Angeles e Santa Bárbara – e Universidade de Utah, culminando com o advento do “Netspace Navigator”, como o primeiro navegador comercial, no ano de 1994.⁸⁸⁸ Verificou-se que, a partir do computador pessoal, em face do movimento “Computers for the People”, houve um grande crescimento na rede e, como consequência, incrementou-se o espaço telemático ou ciberespaço⁸⁸⁹, evoluindo de computadores isolados para interconectados, atingindo o conceito de rede mundial de computadores.⁸⁹⁰

Abordou-se o caminho traçado até a concepção da *Cloud Computing*, bem como descreveu-se as denominadas camadas, sua classificação e funcionalidades. Foram desenvolvidas as temáticas pertinentes à Sociedade da Informação e ao Direito, tendo sido avaliadas as posições não-intervencionista e intervencionista no mundo digital. Ao final, identificou-se que, atualmente, vive-se a etapa personalista, com a valorização da pessoa humana, sendo adequada e oportuna a intervenção do Estado, rumo à personalidade telemática.

No segundo capítulo, em consequência da necessidade do enfoque personalista deste fenômeno, aprofundou-se a evolução do conceito de pessoa, partindo da antiguidade clássica, passando pelo Cristianismo, ao qual se atribuiu a construção da noção de pessoa, bem como sua fundamental contribuição no princípio da dignidade da pessoa humana. No mundo moderno, pôde-se verificar a importância sobre a racionalidade, identificando-se a ideia de que o corpo seria uma máquina, em uma visão mecanicista. Mais adiante, Kant lecionou que o ser humano ocupa um lugar no mundo sensível externo, visível, “perdurante ao infinito”, defendendo a “imortalidade da alma”.⁸⁹¹ Na temática da pessoa e o seu corpo, em uma visão pós-moderna, a Sociedade da Informação estende o conceito de identidade à Internet, acabando por desenvolver uma nova “trofolaxe”, extravasando os limites físicos, atingindo as redes sociais, os correios eletrônicos, propulsando a exposição da pessoa. O corpo passa a ser

⁸⁸⁷ LÉVY, 2008, p. 31.

⁸⁸⁸ CASTELLS, 2003, p.18.

⁸⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem, Notas de Cláudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 50.

⁸⁹⁰ DELPIAZZO; VIEGA, 2004, v. 1, p. 51.

⁸⁹¹ Ibid., Kindle Edition, posição 2086.

a reunião de informações, o “perímetro delineado da pele”⁸⁹² não mais define o corpo.⁸⁹³ De tal arte, assim como não se pode descuidar do corpo físico, há que se estabelecer a tutela do corpo eletrônico.

Em continuidade ao segundo capítulo, estudou-se o direito de privacidade, como direito de personalidade, pesquisando suas origens, desenvolvimento, até os dias atuais em que este deixou de ser um direito que apenas impõe limitações para, no mundo pós-moderno, tratar-se de elemento da “identidade pessoal”, na medida em que está ligado à proteção de dados pessoais. Voltando-se à legislação estrangeira, cotejou-se os modelos estadunidense e da União Europeia, apresentando suas semelhanças e diferenças, verificando-se que, nos Estados Unidos, a preocupação se dá com a “esfera de escolhas”⁸⁹⁴ e, por sua vez, na Europa, a tradição da proteção da vida privada decorre da Declaração dos Direitos do Homem e, mais recentemente, da Carta de Nice.⁸⁹⁵ O estudo, além do Direito Comunitário, ingressou nas disposições do ordenamento jurídico italiano e português, finalizando com o ordenamento jurídico brasileiro. No ordenamento jurídico pátrio, foi apresentada o conceito ao longo das Constituições, bem como a análise dos dois Códigos de 1916 e 2002 e, por último, em nível federal, referiu-se o artigo 3º, do Marco Civil da Internet, Lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014.

No terceiro capítulo, dedicou-se ao estudo da sucessão, ao longo da história, da pré-história à sucessão telemática, na *Cloud Computing*. Na pré-história, pôde-se verificar que, já naquela época, existiam bens transmissíveis e outros intransmissíveis. Na antiguidade clássica, Grécia e Roma, houve o desenvolvimento de um sistema hereditário patriarcal. Em Roma, aplicava-se o princípio da continuação da pessoa do defunto pelo sucessor. Contudo, ainda assim, existiam direitos transmissíveis e intransmissíveis, tendo sido estabelecido limites objetivos, no direito sucessoral. No Direito Germânico não se aplicava o princípio da continuação do antecessor no sucessor, não existia a sucessão de bens por causa da morte, pois os bens eram da família e permaneciam em condomínio, inexistia propriedade privada.

Na Idade Média, a sociedade tinha sua economia baseada na terra, nascendo um “novo direito sucessório”, com base no costume, que buscava, principalmente, evitar o parcelamento do solo.⁸⁹⁶ É possível verificar que a transmissão de direitos também não era absoluta, visto que, nos títulos acadêmicos e meritocráticos, inexistia transmissão, assim como no que toca

⁸⁹² Ibid., p. 26.

⁸⁹³ Ibid., p. 26.

⁸⁹⁴ PAGALLO, 2008, p. 1.

⁸⁹⁵ Ibid., p. 1.

⁸⁹⁶ Ibid., p. 51.

aos títulos nobiliárquicos, que já eram concedidos ao antecessor e a seus descendentes, uma vez que também não podiam ser herdados. Na Era Moderna, o conceito de propriedade foi alterado, em razão do surgimento de inúmeros proprietários rurais, que, anteriormente, apenas tinham o domínio útil da terra, trazendo consequências imediatas ao sistema sucessoral, que afastava toda a forma de promoção de tratamentos diferenciados. O Direito Revolucionário Francês apregoava a igualdade absoluta entre os herdeiros, extinguindo os títulos nobiliárquicos. No Código Napoleônico, contudo, operou-se um “Droit Successoral Composite”, com “ecletismo na escolha de soluções”,⁸⁹⁷ sendo que sucessão podia ser legítima ou testamentária.

Ainda, no terceiro capítulo, voltou-se o estudo diretamente ao Direito Sucessoral Telemático, buscando dimensionar os limites positivos e negativos de acesso e partilha dos dados deixados pelo falecido aos seus herdeiros, na rede mundial de computadores, neste particular, à *Cloud Computing*⁸⁹⁸. Dessa forma, adentrou-se ao estudo da evolução do Direito, sobretudo, o fenômeno da Constitucionalização do Direito Privado, em que a pessoa humana torna-se o centro do ordenamento jurídico. Ademais, com o Código Civil de 2002, vários dispositivos do Código Civil manifestam sua sintonia com este fenômeno, sobretudo, o capítulo próprio dos “Direitos de Personalidade” (entre os artigos 11 e 21), seguido de outros dispositivos como a função social do contrato (421), da propriedade (1.228 e parágrafos), entre outros. Demonstra-se que o Código Civil de 2002 privilegiou o “ser” em detrimento do “ter”⁸⁹⁹, alcançando este fluxo todos os ramos do direito privado, inclusive, o direito das sucessões.

Além disso, apresentou-se os dispositivos trazidos pelo Código Civil de 2002, especialmente, os artigos 12, *caput* e parágrafo único e 20, *caput* e parágrafo único, do Código Civil brasileiro, que tratam, de forma expressa, os direitos de personalidade e ao morto. Foram apresentados os desafios relacionados à sucessão telemática, ou seja, a necessidade de regras que definam a (in) transmissibilidade de dados que são deixados pelos mortos na *Cloud Computing*. Foram colacionados dados que demonstram o aumento de situações que ora são objeto de estudos que, assim, precisam de alternativas jurídicas, bem como os diferentes comportamentos dos provedores de conteúdo sobre esta temática, desde o

⁸⁹⁷ HALPÉRIN, 2001, p. 30.

⁸⁹⁸ DELPIAZZO; VIEGA, 2004, v. 1, p. 66-67. Nas palavras do autor: ‘Su calificación como telemático deriva de la aplicación de la expresión ‘telemática’, la cual fue inicialmente usada por los autores del informe presentado en 1978 al entonces Presidente de Francia, Valery Giscard d’Estaing, y publicado ese mismo año bajo el título de ‘La informatización de la sociedad’, para designar la imbricación creciente de los computadores y de las telecomunicaciones.’

⁸⁹⁹ PERLINGIERI, 2008, Prefácio à 1ª edição italiana, p. 177.

acesso aos dados pelos herdeiros até a eliminação dos mesmos, sem qualquer direito aos herdeiros. Demonstrou-se, ainda, a inexistência de dispositivos legais que atendam esta matéria, bem como inexistência de jurisprudência específica acerca do tema.

Ao final do terceiro capítulo, o presente estudo passa a apresentar suas conclusões específicas, acerca do tema:

A uma, defende-se ser possível, a partir de uma visão atual do ordenamento jurídico pátrio, promover a defesa do direito de privacidade póstumo, independentemente da existência de sujeito. O não-sujeito pode ser protegido por “deveres jurídicos-objetivos de proteção”, que decorrem de direitos fundamentais. A proteção do não-sujeito de direitos não se trata de situação teratológica, sob o viés jurídico, a exemplo do que ocorre com o nascituro, que, particularmente, deve ser defendido em toda e qualquer situação. Sendo assim, o Direito de Privacidade estende-se *Post Mortem*;

A duas, defende-se ser possível limitar o acesso aos herdeiros a dados de cunho personalíssimo, que atinjam a privacidade do falecido, mesmo em desfavor de seus herdeiros, podendo ser possível estabelecer regramentos que imponham vedação ou mesmo acesso aos dados armazenados na *Cloud Computing*;

A três, adentrando no que pertine ao capítulo quatro, defende-se que, reconhecida a condição de contrato atípico, de adesão e de consumo, impõe-se a intervenção do Estado, na proteção do consumidor, no sentido de determinar a inserção de cláusulas contratuais aos provedores de conteúdo que desenvolvam meios para que a vontade presumida ou expressa do falecido venha a ser observada, seja no sentido de transmitir dados, chegando a quem de direito; ou, ainda, caso contrário, haja, em determinadas hipóteses, a incomunicabilidade dos dados, em desfavor de seus herdeiros. Inclusive, visto que a morte de um usuário de um serviço, na condição de consumidor, por si só, já revela estado de vulnerabilidade, diante das diferenças de condições econômicas entre as partes envolvidas, sendo que a morte agrava a vulnerabilidade, trazendo uma situação de hipervulnerabilidade⁹⁰⁰ ou “vulnerabilidade potencializada, especial ou agravada”⁹⁰¹. Trata-se de uma hipervulnerabilidade projetada para após a morte, pela resultante da soma da condição de consumidor ao de morto, dado que este não mais pode se manifestar, estando extinto, bem como os dados do falecido encontram-se em poder do provedor de conteúdo. Não se trata aqui da existência de um sujeito

⁹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 586.316 - MG (2003/0161208-5)**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=683195&sReg=200301612085&sData=20090319&formato=PDF>. Acesso em: 23 dez. 2014.

⁹⁰¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 102.

hipervulnerável. Aqui a hipervulnerabilidade não é mais do sujeito. Há, em verdade, uma situação de hipervulnerabilidade “objetivada”⁹⁰², a ser protegida pelo ordenamento jurídico, devendo o Estado tutelar seus dados, sua imagem, sua memória;

A quatro, diante da *lege lata*, no particular, da morte e a *Cloud Computing*, o alcance dos dados pelo provedor aos herdeiros dar-se-ia, em caso de autorização expressa ou, ainda, no caso de sucessão, em que haveria a busca pela vontade expressa do usuário falecido (sucessão testamentária) ou presumida (sucessão legal) que, de qualquer maneira, deverá ser respeitado o direito de privacidade póstumo, a partir da análise das esferas de privacidade, como critério para acesso aos dados;

A cinco, dessa forma, conclui-se que, caso os provedores de conteúdo não observem o acima referido, poderão sofrer sanções, a teor do artigo 12 do Marco Civil da Internet, visto que este dispositivo reforça que a violação à privacidade do falecido não se trata apenas de um direito subjetivo do familiar, conforme o rol indicado em lei, a teor dos artigos 12 e 20 do Código Civil brasileiro. Em verdade, vai além, trata-se de violação a um direito fundamental protegido como valor, de forma objetiva e, dessa forma, o provedor de conteúdo poderá, inclusive, sofrer advertência, suspensão ou mesmo proibição de atividades no país.

Ao final do quarto capítulo foram, ainda, apresentadas propostas legislativas como sugestões a serem aplicadas, bem como foram construídos casos hipotéticos, atribuindo-se soluções, com a finalidade de aplicar as conclusões específicas trazidas.

⁹⁰² ALEXY, 2008, p. 452.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPA, Guido. **La cultura delle regole: storia del diritto civile italiano**. Bari: Laterza, 2000.
- _____. **Manuale di diritto privato**. Padova: CEDAM, 2013.
- _____. The protection of privacy in italian law. Tradução de Anne Thompson. In: MARKESINIS, Basil S. (Org.). **Protecting privacy**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 105-130.
- _____. **Le stagioni del contratto**. Bologna: Il Mulino, 2012.
- ALPA, Guido; ANDENAS, Mads. **Fondamenti del diritto privato europeo**. Milano: Giuffrè, 2005.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. **Elementi di diritto privato**. Roma-Bari: Laterza, 2001.
- ALPA, Guido; FUSARO, Andrea. **Le metamorfosi del diritto di proprietà: i nuovi confini del diritto privato**. Matera: Antezza, 2011.
- AMARAL, Francisco. O dano à pessoa no direito civil brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 119-156.
- ANDERSON, David A. **The failure of american privacy law**. In: MARKESINIS, Basil S. (Org.). **Protecting privacy**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 139-167.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- AQUINO, Santo Tomás de. **O ente e a essência**. Tradução de Carlos Arthur do Nascimento. Petrópolis: Vozes, 2013.
- _____. **Suma Teológica**. Tradução de Carlos-Josaphat Pinto de Oliveira, OP. São Paulo: Loyola, 2002. v. 1.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ARIÈS, Philippe. **Essais sur l'histoire de la mort en Occident du Moyen Age à nos jours**. Paris: Éditions du Seuil, 1975.
- ARISTÓTELES. **Da interpretação**. Tradução de José Veríssimo Teixeira da Mata. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

_____. **Metafísica**. Disponível em: <<http://www.amazon.com.br/Metaf%C3%ADsica-Spanish-Edition-Arist%C3%B3teles-book/dp/B00B2SCMFK>>. Acesso em: 19 jul. 2014.
ARNÒ, Carlo. **Corso di diritto romano: diritto ereditario**. Torino: Giappichelli, 1938.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Estudos sobre direito da internet e da sociedade da informação**. Coimbra: Almedina, 2001.

AUBÉRY, Gaëtan. **La communauté de biens conjugale**. Paris: LGDJ, 1911.

AZAMBUJA, Celso Candido de. **Psiquismo digital: sociedade, cultura e subjetividade na era da comunicação digital**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2012.

BAILLON-WIRTZ, Nathalie. **La famille et la mort**. Paris: Deffrénois, 2006.

BAKER, Jonathan. Flying in the Clouds: Practicing Law by Cloud Computing. **The Florida Bar Journal**, nov. 2011.

BALLARINO, Tito. **Internet nel mondo della legge**. Padova: CEDAM, 1999.

BARCELONA, Pietro. **El Individualismo propietario**. Madrid: Trotta, 1996.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 2013a.

_____. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Lo Spirito e il clic: la società contemporanea tra frenesia e bisogno di speranza**. Milano: San Paolo, 2013b.

_____. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt; MAY, Tim. **Aprendendo a pensar com a sociologia**. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BERENBOOM, Alain. La direttiva sulla Società dell'informazione e la sua attuazione. In: CONVEGNO dell'associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, 2006. San Marino. Torino: Giappichelli, 30 de setembro de 2005. p. 137-152.

BIANCA, Massimo. Il danno da perdita della vita. **Rivista Vita Notarile. Esperienze Giuridiche**, Palermo, n. 3, p. 1497-1502, 2012.

_____. **Diritto civile: la famiglia, le successioni**. Milano: Giuffrè, 2005. v. 2.

_____. **Diritto civile: la norma giuridica, i soggetti**. Milano: Giuffrè, 2002. v. 1.

BÍBLIA, Livro do Gênesis. **Bíblia Sagrada**. Tradução de Centro Bíblico Católico. São Paulo: Editora Ave-Maria, 1995.

_____. **Bíblia Sagrada**. Tradução por Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Editora Canção Nova, 2010.

BIONDI, Biondo. **Il diritto romano cristiano**. Milano: Giuffrè, 1952.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto**. Roma: Laterza, 2007.

BOCCHINI, Fernando. Introdução. In: BOCCHINI, Fernando (Org.). **Diritto dei consumatori e nuove tecnologie**. Torino: Giappichelli, 2003, v. 1: Gli scambi.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República: livro primeiro**. Tradução de José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011.

BOECIO. **La consolación de la filosofía**. Madri: Alianza, 2004.

BOEHNER, Philotheus; GILSON, Étienne. **História da filosofia cristã: desde as origens até Nicolau de Cusa**. Tradução de Raimundo Vier. Petrópolis: Vozes, 1982.

BONFANTE, Pietro. **Istituzioni di diritto romano**. Milano: Giuffrè, 1987.

BORTOLUCCI, Giovanni. **Corso di diritto romano**. Bologna: G. U. F., 1932.

BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Constituição de 1824**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Constituição de 1891**. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Constituição de 1934**. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Constituição de 1937**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Constituição de 1946**. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Constituição de 1967.** Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1960-1969/constituicao-1967-24-janeiro-1967-365194-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Lei sob o nº 9.507 de 1997.** Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19507.htm>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. **Portal da legislação do governo federal.** Disponível em:
<<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=/legisla/legislacao.nsf%2FFrmConsultaWeb1%3FOpenForm%26AutoFramed>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

_____. **Projeto de Lei, PL 4.099/2012.** Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=979C6C674BC820CDF82A173CACBCB680.proposicoesWeb1?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012>. Acesso em: 11 jan. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 305.6set. 81/RJ. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 4 set. 2014. **DJe** 11 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

_____. **Recurso Especial Nº 586.316 - MG (2003/0161208-5).** Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=683195&sReg=200301612085&sData=20090319&formato=PDF>. Acesso em: 23 dez. 2014.

_____. REsp 1068904/RS. Terceira Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em: 7 dez. 2010. **DJe** 30 mar. 2011. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

_____. **REsp 1209474 (2010/0148220-2 - 23/09/2013).** Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001482202&dt_publicacao=23/09/2013>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. REsp 1359976/PB. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 25 nov. 2014. **DJe** 2 dez. 2014. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exibi%E7%E3o+e+documentos+e+internet&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#DOC1>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

_____. REsp 1417641/RJ. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 25 fev. 2014. **DJe** 10 mar. 2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 55183. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luiz Gallotti. Julgado em: 17 abr. 1964. ADJ DATA 30-07-1964 PP-00556 DJ 02-07-1964 PP-02140 EMENT VOL-00583-01 PP-00268. Disponível em: <www.stf.br>. Acesso em: 6 jan. 2015.

_____. RE 589257 AgR. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 5 ago. 2014. **DJe-164** DIVULG 25-08-2014 PUBLIC 26-08-2014. Acesso em: 15 jan. 2015. Disponível em: <www.stf.br>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível sob o n. 5004218-20.2013.404.7101/RS**. Relatora: Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Camiha, em 31 out. 2014. Disponível em: <www.trf4.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

BRETON, David Le. **Antropologia do corpo e modernidade**. Tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. Petrópolis: Vozes, 2012.

CAENEGEM, R. C. van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução de Carlos Eduardo Lima Machado São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CAMPOS, Diogo Leite de. O Estatuto Jurídico da pessoa depois da morte. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 54-63.

_____. **Nós: estudo sobre o direito das pessoas**. Coimbra: Almedina, 2004.

CARRAU, Guzmán Rodríguez. Preparándose para la nube: contratos de software y cloud computing. **Derecho Informático**, Montevideo, n. 13, p. 71-91, 2011.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade**. Tradução de Maria Luiza X. A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. **A sociedade em rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone: studi su origine e attualità del sistema romano**. Torino: Giappichelli, 1990.

CAVAZOS, Edward A.; MORIN, Gavino. **Cyber-space and the law: your rights and duties in the on-line world**. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

CERAOLO, Nicola. La tutela rispetto al trattamento dei dati personali. In: VACCÀ, Cesare. **Regole giuridiche ed evoluzione tecnologica: telecomunicazioni, multimedialità, computer crimes, banche dati, privacy, copyright, telelavoro, telemedicina**. Milano: Giuffrè, 1999. p. 215-267.

CHAMOUN, Ebert. **Instituições de direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CHEE, Brian J. S.; FRANKLIN JÚNIOR, Curtis. **Computação em nuvem: cloud computing. tecnologias e estratégias**. Tradução de Mario Moro. São Paulo: M. Books do Brasil, 2013.

CIOMMO, Francesco. Programmi-filtro e criteri di imputazione/esonero della responsabilità on-line. A proposito della sentenza Google/Vivi Down. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, 26, n. 6, p. 829-857, nov./dez. 2010.

COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPÊNDIO da doutrina social da Igreja. Tradução de Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Paulinas, 2011.

CÓRDOVA, Natálie. **Veja o que acontece com os perfis nas redes sociais quando uma pessoa morre**: Infográfico mostra o que ocorre em cada site de relacionamento. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/tecnologia/noticia/2014/07/veja-o-que-acontece-com-os-perfis-nas-redes-sociais-quando-uma-pessoa-morre-4540752.html>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **Cité antique**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ga000425.pdf>>. Acesso em: 6 nov. 2014.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Organização de Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DEGNI, Francesco. **La successione a causa di morte**. Padova: Antonio Milani, 1938. v. 1.

DELORT, Robert. **La vita quotidiana nel medioevo**. Tradução de Maria Garin. Bari: Laterza, 2006.

DELPIAZZO, Carlos E. Las redes sociales digitales en clave jurídica. **Derecho Informático**, Montevideo, n. 11, p. 153-169, 2010.

DELPIAZZO, E. Carlos; VIEGA, María José. **Lecciones de derecho telemático**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2004. v. 1.

DESCARTES, René. **O mundo (ou Tratado da Luz) e o homem**. Tradução de Marisa Carneiro de Oliveira Franco Donatelli. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2009.

DIAS, Cristina Araújo. **Lições de direito das sucessões**. Coimbra: Almedina, 2010.

DINIZ, Almachio. **Direito das sucessões segundo o Código Civil de 1916**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

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

DUQUE, Marcelo Schenk. **Direito privado e constituição**: drittwirkung dos direitos fundamentais. construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DÜRIG, Günter; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jürgen. **Direitos fundamentais e direito privado**: textos clássicos. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Controlling the assault of non-solicited pornography and marketing act of 2003**. Washington: Congress, 2003. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-108publ187/pdf/PLAW-108publ187.pdf>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

_____. **Patriotic act**. Washington: Department of Justice, 2001. Disponível em: <<http://www.justice.gov/archive/ll/highlights.htm>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

FACEBOOK permite escolher herdeiro da conta após morte de usuário. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/tecnologia/noticia/2015/02/facebook-permite-escolher-herdeiro-da-conta-apos-morte-de-usuario-4699800.html>>. Acesso em: 14 fev. 2015.

FADDA, Carlo. **Concetti fondamentali del diritto ereditario romano**. Napoli: Luigi Pierro, 1889.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Salvador: JusPodium, 2013.

FÉLEZ, Emilio Aced. Redes Sociales: la nueva frontera de la privacidad de los bebés digitales. **Derecho Informático**, Montevideo, n. 11, p. 7-37, 2010.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesus Ignacio. **Ser heredero: una defensa del criterio subjetivo**. Madrid: Dykinson, 2010.

FERREIRA, Pinto. **Tratado das heranças e dos testamentos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Direito do comércio eletrônico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FINOCCHIARO, Giusella. La memoria della rete e il diritto all'oblio. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 391-404, jul./out. 2010.

FINOCCHIARO, Giusella. **Privacy e protezione dei dati personali**. Disciplina e strumenti operativi. Torino: Zanichelli, 2012.

FIRESTONE, Charles. Foreword. In: LASICA, J. D. **Identity in the age of cloud computing**. Washington: The Aspen Institute, 2009.

FLORIDI, Luciano. The construction of personal identities online. **Minds and Machines**, v. 21, n. 4, p. 477-479, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANZONI, Massimo. Il risarcimento del danno per lesione dei diritti della personalità su internet In: NIVARRA, Luca; Ricciuto, Vincenzo (Org.). **Internet e il diritto dei privati: persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche**. Torino: Giappichelli, 2002. p. 127-136.

GAIO. **Instituições direito privado**. Tradução de J.A. Segurado e Campos. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2010.

GANS, Eduardo. **Dello svolgimento del dritto di successione nella storia romana.** Tradução de A. Turchiarulo. Napoli: Tipografia all’Insegna del Diogene, 1851.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gubelkian, 1995.

GILSON, Étienne. **O espírito da filosofia medieval.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOHRING, Nancy. When to pick a private cloud. **Computerworld**, v. 47, n. 21, 2013.

Disponível em:

<[GOLDSMITH, Jack L. Against cyberanarchy. **University of Chicago Law Review**, Chicago, p. 1199-1250, 1998, p. 1200. Disponível em:](http://link.periodicos.capes.gov.br/ez45.periodicos.capes.gov.br/sfxlcl41?ctx_ver=Z39.88-2004&ctx_enc=info:ofi/enc:UTF-8&ctx_tim=2014-05-27T01%3A12%3A36IST&url_ver=Z39.88-2004&url_ctx_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:ctx&rft_id=info:sid/primoxlibrisgroup.com:primox3-Article-gale_ofa&rft_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:&rft.genre=article&rft.atitle=5%20things%20to%20consider%20when%20weighing%20public%20cloud%20against%20private%20cloud.&rft.jtitle=Network%20World&rft.btitle=&rft.aulast=&rft.auinit=&rft.auinit1=&rft.auinitm=&rft.ausuffix=&rft.au=&rft.aucorp=&rft.date=20140205&rft.volume=&rft.issue=&rft.part=&rft.quarter=&rft.ssn=&rft.spage=&rft.epage=&rft.pages=&rft.artnum=&rft.issn=0887-7661&rft.eissn=&rft.isbn=&rft.sici=&rft.coden=&rft_id=info:doi/&rft.object_id=&svc_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:sch_svc&rft.eisbn=&rft_dat=<gale_ofa>358155701</gale_ofa>&rft_id=info:oai/&svc.fulltext=yes>. Acesso em: 26 maio 2014.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<<http://cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/cyberanarchy.html>>. Acesso em: 14 jun. 2014.

GOMES, Orlando. **Direito privado: novos aspectos.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1961.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos de personalidade.** Coimbra: Almedina, 2008.

HALPÉRIN, Jean-Louis. **Histoire du droit privé français depuis 1804.** Paris: PUF, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder: passado e presente da transmissão sucessória e concorrente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **A parte geral do código civil português: teoria geral do direito civil.** Coimbra: Almedina, 2009.

HUME, Davi. **A treatise of human nature.** Disponível em:

<<http://www.gutenberg.org/files/4705/4705-h/4705-h.htm>>. Acesso em 15 jan. 2015.

IBOPE. **Brasil é o terceiro país em número de usuários ativos na internet.**

<<http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/paginas/brasil-e-o-terceiro-pais-em-numero-de-usuarios-ativos-na-internet.aspx>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **PNAD 2011**: acesso à internet e posse de telefone móvel celular para uso pessoal. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000012962305122013234016242127.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. **Norma e luoghi**: problemi di geo-diritto. Bari: Laterza, 2006.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Elementos de direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio, 1929.

ITÁLIA. **Codice in materia di dati personali**. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1311248>>. Acesso em: 20 ago. 2014a.

_____. **Compiti del garante**. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1663787#Responsabile>>. Acesso em: 19 ago. 2014b.

_____. **Il garante**. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/autorita/garante>>. Acesso em: 19 ago. 2014c.

_____. **Legge n. 675 de 1996**. Disponível em: <<http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/28335>>. Acesso em: 19 ago. 2014.

IZQUIERDO, Ivan. **Questões sobre a memória**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 133-146, mar. 2003.

JHERING, Rudolf Von. **l'esprit du droit romain dans le diverses phases de son développement**. Tradução de O. de Meulenaere. Paris: A. Marescq, Ainé, 1877. v. 1.

JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano**. Coimbra: Coimbra, 2009. v. 5.

KANT, Immanuel. **Critica della ragion pratica**. Tradução de Silvano Gregaretti. Königsberg: Giredit, 1788.

_____. **A metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. **Comércio eletrônico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Diálogo das fontes nos contratos pela internet. In: DIÁLOGO das Fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 399-449.

KRETSCHMANN, Ângela. **Dignidade humana e direitos intelectuais:** re (visitando) o direito autoral na era digital. Florianópolis: Millenium, 2008.

LAATIKAINEN, Gabriela; MAZHELIS, TYRVÄINEN, Pasi. **Role of acquisition intervals in private and public cloud storage costs.** 2014, p. 320–330. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.dss.2013.09.020>>. Acesso em: 26 maio 2014.

LANOIS, Paul. Privacy in the age of the cloud. **Journal of Internet Law**, Aspen, p. 3-17, dez. 2011, p. 3. Disponível em: <<http%3A%2F%2Fgo.galegroup.com%2Fps%2Ffi.do%3Fid%3DGALE%257CA274585710%26v%3D2.1%26u%3Dcapes58%26it%3Dr%26p%3DAONE%26sw%3Dw%26asid%3D2fdfad92e60c259afe44d7edade25817>>.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1959; v. 2.

_____. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LASICA, J. D. **Identity in the age of cloud computing.** Washington: The Aspen Institute, 2009.

LEÃO XIII. **Encíclica Rerum Novarum.** In: DE SANCTIS, Antonio. **Encíclicas e documentos sociais:** da “Rerum Novarum” à “Octagesima Adveniens”. Tradução de Antonio De Sanctis. São Paulo: Ltr, 1972.

LEIMEISTER, Stefanie et al. **The business perspective of cloud computing:** actors, roles and value networks. 2010. ECIS 2010 Proceedings. Paper 56, p. 4 Disponível em: <<http://aisel.aisnet.org/ecis2010/56>>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 6.

LESSIG, Lawrence. **Code Version 2.0.** New York: Lawrence Lessig CC Attribution-ShareAlike, 2006. Versão Kindle.

LETONTURIER, Éric. **Fiche de lecture.** Paris: Encyclopaedia Universalis France, 2013.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura.** Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2008.

LÓPES JIMENEZ, David. La "computación en la nube" o cloud computing examinada desde el ordenamiento jurídico español: cloud computing analyzed from the spanish legal system. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, n. 40, p. 689-

709, ago. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512013000100021>>. Acesso em: 26 maio 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução de Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. Informática, cyberlaw y e-commerce. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 3, p. 1339-1367, abr. 2011.

_____. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. Tradução de Bruno Miragem, Notas de Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MACLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação como extensões dos homens**. Tradução de Décio Pignatari. São Paulo: Cultrix, 1964.

_____. **The Gutenberg galaxy**: the making of typographic man. Toronto: Toronto University Press, 2011.

MANCINI, Anna. **Justice et internet**: une philosophie du droit pour le monde virtuel. Paris: Buenos Books International, 2004.

MANTELERO, Alessandro. Processi di outsourcing informatico e cloud computing: la gestione de dati personali ed aziendali. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 673-696, jul./out. 2010.

MARCONDES FILHO, Ciro. **O rosto e a máquina**. São Paulo: Paulus, 2013.

MARITAIN, Jacques. **Cristianismo e democracia**. Tradução e introdução de Alceu de Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1945.

_____. **Homem e o Estado**. Tradução de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: Agir, 1956.

_____. **Por um humanismo cristão**. Tradução de Gemma Scardini. São Paulo: Paulus, 1999.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. O 'diálogo das fontes' como método da nova teoria geral do direito. In: **DIÁLOGO das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 2, p. 1-52, abr. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=3&tocguid=brroot&stnew=true>>. Acesso em: 24 de jun. 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

MATHIEU, Vittorio. **Privacy e dignità dell'uomo: una teoria della persona**. Torino: Giappichelli, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 1.

MAZEAUD, Henri et al. **Leçons de droit civil: successions – libéralités**. Paris: Motchrestien, 1999.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. **Leçons de droit civil: la famille**. Paris: Montchrestien, 1995. v. 1.

MELCHIOR, Silvia Regina Barbuy. Neutralidade no direito brasileiro. In: DEL MASSO, Fabiano. ABRUSIO, Juliana. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio (Coord.). Título. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 99-137.

MENDES, Laura Schertel. O direito básico do consumidor à proteção de dados. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 95, p. 53-75, set./out. 2014a.

_____. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2014b.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais na regulação jurídica da internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 70, p. 1-42, abr. 2009, p. 2. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/toectomy?nnd=3&toctguid=brroot&stnew=true>>. Acesso em: 24 jun. 2014.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **A parte geral do projeto do código civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Como contratar en una economía de mercado**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1996.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Coimbra, 2005.

MOWBRAY, Miranda. The fog over the grimpen mire: cloud computing and the law. **Scripted Journal of Law, Technology and Society**, v. 6, n; 1, Apr. 2009, p. 134. Disponível em: <www.hpl.hp.com/techreports/2009/HPL-2009-99.pdf>.

MÜLLER, Leonardo. Facebook atinge 1,32 bilhão de usuários e 80% dos brasileiros na web. **TECNOMUNDO**, 22 ago. 2014. Disponível em:

<<http://www.tecmundo.com.br/facebook/60937-facebook-chega-1-32-bilhao-usuarios-atinge-80-brasileiros-web.htm>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

NEILL, Brian. Privacy: a challenge for the next century. In: MARKESINIS, Basil S. (Org.). **Protecting privacy**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 2-28.

NONATO, Orisombo. **Estudos sobre sucessão testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. 1.

NORONHA, Carlos Silveira. Da instituição do poder familiar, em perspectiva histórica, moderna e pós-moderna, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 26, p. 89-120, 2006.

_____. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. **Direito & Justiça**, Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 21, n. 20, 1999.

_____. **Sentença civil: perfil histórico-dogmático**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Uma síntese dos direitos humanos da origem à pós modernidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 28, p. 22-36, out. 2011.

NOVELLINO, Norberto J. **La herencia y el proceso sucesorio**. Buenos Aires: García Alonso, 2008.

OTERO, Paulo. Pessoa humana e constituição: contributo para uma concepção personalista no direito constitucional. In: CAMPOS, Diogo Leite de. **Pessoa humana e direito**. Coimbra: Almedina, 2009. p. 349-379.

PAGALLO, Ugo. **Introduzione alla filosofia digitale: da Leibniz a Chaitin**. Torino: Giappichelli, 2005.

_____. Sul principio di responsabilità giuridica in rete. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 25, n. 4-5, p. 705-734, jul./out. 2009.

_____. **La tutela della privacy negli Stati Uniti D'America e in Europa: modelli giuridici a confronto**. Milano: Giuffrè, 2008.

PATTI, Salvatore. **Codificazioni ed evoluzione del diritto privato**. Roma-Bari: Gius, Laterza, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEROZZI, Silvio. **Istituzioni di diritto romano**. Roma: Athenaeum, 1928.

PETIT, Eugène. **Traité élémentaire de droit romain**. Paris: Arthur Rosseau, 1925.

PICARD, Étienne. The right to privacy in french law. In: MARKESINIS, Basil S.. (Org.). **Protecting privacy**. New York: Oxford University Press, 1999. p. 49-103.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIO XI. **Encíclica Divini Redemptoris**. In: DE SANCTIS, Antonio. **Encíclicas e documentos sociais**: da “Rerum Novarum” à “Octagesima Adveniens”. Tradução de Antonio De Sanctis. São Paulo: Ltr, 1972.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello, 1928.

_____. **Os novos direitos do homem**. Rio de Janeiro: Alba, 1933.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. v. 1.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. v. 7.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. v. 55.

_____. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. 59.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. 2005. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. **Lei 67/98**. Disponível em: <https://www.unicef.pt/docs/lei_6798.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2014.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho civil**: parte general. Buenos Aires: Astrea, 2011.

RADFAHRER, Luli. **Enciclopédia da nuvem**: 100 oportunidades e 550 ferramentas online para inspirar e expandir seus negócios. Rio de Janeiro: Campus Elvevier, 2012.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia. antiguidade e idade média**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 1990.

REALE, Miguel. **O projeto de Código Civil**: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

REALE, Miguel. **O projeto do novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBAS, Antonio Joaquim. **Curso de direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribero dos Santos, 1915.

RICCIUTO, Vincenzo. La tutela della persona di fronte alle reti telematiche: I profili generali in tema di riservatezza, segretezza e anonimato. In: NIVARRA, Luca; Ricciuto, Vincenzo (Org.). **Internet e il diritto dei privati**: persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche. Torino: Giappichelli, 2002. p. 3-23.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível Nº 70033203100. Nona Câmara Cível. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Julgado em: 12 maio 2010. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 22 dez. 2014.

RÍO, José Manuel del. **Derecho de la persona**. Madrid: Tecnos, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODOTÀ, Stefano. **Il diritto di avere diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2012.

_____. **Intervista su privacy e libertà**. Roma-Bari: Laterza, 2005.

_____. **La rivoluzione della dignità**. Napoli: La Scuola di Pitagora, 2013.

_____. **La vida y las reglas: entre el derecho y el no derecho**. Tradução de Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2010.

_____. **Tecnopolica: la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione**. Bari-Roma: Laterza, 1997.

RONGA, Giovanni. **Corso di istituzioni di diritto romano**. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1899.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSSELLO, Carlo. Riflessioni. De Jure Condendo in materia di responsabilità del provider. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 26, n. 6, p. 617-629, nov./dez. 2010.

SAMMARCO, Pieremilio. Le clausole contrattuali di esonero e trasferimento della responsabilità inserite nei termini d'uso dei servizi del *web*. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 26, n. 6, p. 631-643, nov./dez. 2010.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTAELLA, Lucia. **Linguagens líquidas na era da mobilidade**. São Paulo: Paulus, 2011a.

_____. **Navegar no ciberespaço: o perfil cognitivo do leitor imersivo**. São Paulo: Paulus, 2011b.

_____. **Redes sociais digitais: a cognição conectiva do Twitter**. São Paulo: Paulus, 2010.

SANTO AGOSTINHO. **Confissões**. Tradução de J. Oliveira e A. Ambrósio de Pina. Petrópolis: Vozes, 2013.

_____. **De Trinitate**. Tradução de Arnaldo do Espírito Santo, Domingos Lucas Dias, João Beato, Maria Cristina Castro-Maia de Sousa Pimentel. Prior Velho: Paulinas, 2007.

SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. Os princípios de proteção do consumidor e o comércio eletrônico no direito brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 55, p. 1-32, jul. 2005, p. 8. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/tocectory?nnd=3&tocguid=brroot&stnew=true>>. Acesso em: 24 de junho de 2014.

SARAVIA, Andrés. La vida digital después de la muerte. **Derecho Informático**, Montevideo, n. 11, p. 205-214, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Flávia. **Setor brasileiro de cloud computing deve movimentar US\$ 798 mi em 2014**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/globo-news/conta-corrente/platb/2014/01/10/setor-brasileiro-de-cloud-computing-deve-movimentar-us-798-milhoes-em-2014/>>. Acesso em: 14 dez. 2014.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios**. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues e Rogério Durst. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. Bahia: Jus Podium, 2013.

_____. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SCIALOJA, Vittorio. **Diritto romano: diritto successorio**. Roma: Università degli Studi in Roma, 1898.

SEGRÉ, Angelo. **Ricerche di diritto ereditario romano**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1930.

SEVERO, Sérgio. **Tratado da responsabilidade pública**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SICA, Salvatore; ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. Legislazione, giurisprudenza e dottrina nel diritto dell'internet. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 26, n. 4-5, p. 377-389, jul./out. 2010.

SILVA, João Gomes da. **Herança e sucessão por morte: a sujeição do património do *de cuius* a um regime unitário no Livro V do Código Civil**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luís Antônio Vieira. **História interna do direito romano privado até Justiniano**. Brasília: Senado Federal, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e constitucionalismo no Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002a.

_____. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002b.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THIREAU, Jean-Louis. **Introduction historique au droit**. Paris: Flammarion, 2003.

THOMPSON, John B. **Mezzi di comunicazione e modernità: una teoria sociale dei media**. Tradução de Paola Palminiello. Bologna: Il Mulino, 1995.

THOMPSON, Richard. M. **Cloud computing: constitutional and statutory privacy protections**. Washington: Congressional Research Service, 2013, p. 1. Disponível em: <<http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43015.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

TORRES, João Camillo de Oliveira. **A libertação do liberalismo**. Rio de Janeiro: Livraria-Editôra da Casa do Estudante do Brasil, 1949.

UNIÃO EUROPEIA. **Acordo e Convenção de Schengen, 1990**. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/schengen_agreement_pt.htm>. Acesso em: 19 ago. 2014.

_____. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000**. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, 2010**. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0245R\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52010DC0245R(01)&from=EN)>. Acesso em: 24 ago. 2014.

_____. **Directiva 2002/58/CE, 2002**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>>. Acesso em 23 ago. 2014.

_____. **Directiva 2002/58/CE, 2006**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=PT>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

_____. **Directiva 95/46/CE, 1995**. 1995a. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

_____. **Diretiva 2014/26/UE**. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/eu/eu193pt.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Proteção dos dados pessoais, 1995**. 1995b. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/information_society/data_protection/114012_pt.htm>. Acesso em: 23 ago. 2014.

_____. **Regulamento (UE) nº 536/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de abril de 2014**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/health/files/eudralex/vol-1/reg_2014_536/reg_2014_536_pt.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2015.

_____. **Tratado de Lisboa, 2007**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=PT>>. Acesso em: 24 ago. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. **Acórdão em processo C-131/12**. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d585485bc5ed1a4a0698fdcbaf380e2b01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuNb3z0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=262988>, 2014>. Acesso em: 24 ago. 2014.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

VATICANO. Concílio Vaticano II. Gaudium et Spes. In: DE SANCTIS, Antonio. **Encíclicas e documentos sociais: da “Rerum Novarum” à “Octagesima Adveniens”**. Tradução de Antonio De Sanctis. São Paulo: Ltr, 1972.

VELTE, Anthony T.; VELTE, Toby J.; ELSENPETER, Roberta. **Cloud computing: computação em nuvem, uma abordagem prática**. Tradução de Gabriela Mei. Rio de Janeiro: Alta Books, 2012.

VOCI, Pasquale. **Diritto ereditario romano**. Milano: Giuffrè, 1967. v. 1.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, Boston, v. 4, n. 5, p. 193-200, dez. 15, 1890.

WINDSCHEID, Bernhard. **Diritto delle pandette: prima traduzione sola consentita dall'autore e dagli editori**. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emiligo Bensa. Roma: Unione-Tipografico-Editrice, 1904. v. 3.

WOODS JÚNIOR, Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. Tradução de Élcio Carillo. São Paulo: Quadrante, 2010.

YANG, Y. Tony; BORG, Kari. Regulatory privacy protection for biomedical cloud computing. **Beijing Law Review**, n. 3, p. 145-151, 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.4236/blr.2012.34020>>.

ZACCARIA, Roberto; VALASTRO, Alessandra; ALBANESI, Enrico. **Diritto dell'informazione e della comunicazione**. Lavis: Milani, 2013.

ZANONI, Eduardo A. **Manual de derecho de las sucesiones**. Buenos Aires: Astrea, 2010.

ZENO-ZENCOVICH, Vincenzo. La ‘comunione’ di dati personali: un contributo al sistema dei diritti della personalità. **Il Diritto dell'Informazione e Dell'Informatica**, Roma, v. 25, n. 1, p. 5-22, jan./fev. 2009.

ZISSIS, Dimitris; LEKKAS, Dimitrios. Addressing cloud computing security issues. **Future Generation Computer Systems**, n. 28, p. 583–592, 2012. Disponível em: <<http://www.elsevier.com/locate/fgcs>>. Acesso em: 9 jun. 2014.

GLOSSÁRIO

ARPA (Advanced Research Projects Agency): Agência de Projetos de Pesquisas Avançadas

CEO (Chief Executive Officer): Diretor Executivo

Cloud Computing: Possibilidade de guardar documentos ou conteúdo em servidores remotos, podendo estes ser acessados por inúmeras redes ou usuários⁹⁰³, permitindo a utilização, em qualquer lugar, de aplicações via Internet.⁹⁰⁴

Computers for people: Movimento “Computadores para o povo”.

Infrastructure as a Service (IaaS): é fornecido ao usuário recursos computacionais, com acesso remoto em qualquer lugar, ou seja, ubíquo.⁹⁰⁵

IP: Protocolo Intranete

Metatag: Palavra-chave

Platform as a Service (PaaS): não é ofertado um software, mas uma plataforma, composta de programas e serviços, em que é possível que se desenvolva com aplicativos que foram criados pelo mesmo usuário ou pelos que a adquiriram.

Privacy: Privacidade

Private Clouds: Nuvens Privadas

Public Clouds: Nuvens Públicas

Software as a Service (SaaS): o usuário vale-se da possibilidade de fruir, de forma remota, de aplicativos de software ofertados por terceiro, como é o caso do correio eletrônico⁹⁰⁶.

Telemática: Imbricação dos computadores e da telecomunicação.⁹⁰⁷

TCP: Protocolo de controle de transmissão

⁹⁰³ SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. **A nova era digital:** como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues e Rogério Durst. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2013, Kindle Edition, posição 596. A tradução de “cloud computing” para a língua portuguesa é computação nas nuvens.

⁹⁰⁴ VELTE, Anthony T.; VELTE, Toby J.; ELSENPETER, Roberta. **Cloud computing:** computação em nuvem, uma abordagem prática. Tradução de Gabriela Mei. Rio de Janeiro: Alta Books, 2012, p. 4.

⁹⁰⁵ MANTELERO, 2010, p. 682-683.

⁹⁰⁶ Ibid., p. 682-683.

⁹⁰⁷ BERENBOOM, Alain. La direttiva sulla Società dell’informazione e la sua attuazione. In: CONVEGNO DELL’ASSOCIAZIONE DI DIRITTO PUBBLICO COMPARATO ED EUROPEO, 2006. San Marino. Torino: Giappichelli, 30 de setembro de 2005, p. 137-152.