

HERANÇA DIGITAL: VALOR PATRIMONIAL E SUCESSÃO DE BENS ARMAZENADOS VIRTUALMENTE

Digital inheritance: value and succession of virtual assets

Marco Aurélio de Farias Costa Filho

Bacharel em Direito Pela Universidade Federal de Pernambuco
Autor do livro “Patrimônio Digital: Reconhecimento e Herança”,
Ed. Nossa Livraria.

RESUMO: Enquanto a transmissão patrimonial após a morte é um fenômeno milenar, apenas recentemente a herança digital passou a ser objeto do direito das sucessões, sendo ainda controversa até mesmo a caracterização de bens armazenados virtualmente como patrimônio. Dada a crescente relevância da matéria, ainda não explorada pela doutrina pátria, aborda-se a viabilidade jurídica de reconhecer bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e transmiti-los após a morte.

Palavras-Chave: Bens armazenados virtualmente. Patrimônio. Herança.

ABSTRACT: While the passing of assets upon the death of an individual is an age-old phenomenon, only recently digital inheritance has become object of the law of succession. It is still controversial even the characterization of virtual assets as part of an estate. Given the growing importance of the subject, not yet explored by homeland doctrine, we discuss here the legal feasibility of recognizing virtual assets as part of an estate and passing them after death.

Keywords: Virtual Assets. Estate. Inheritance.

INTRODUÇÃO

Uma grande parte dos bens deixados pelas próximas gerações não será tangível. Enquanto discos de vinil, CDs, DVDs, álbuns de fotos e livros foram passados pelas gerações anteriores aos seus herdeiros, o mesmo tipo de conteúdo já não precisa estar associado a qualquer mídia física e pode ser deixado pelas gerações seguintes em formato exclusivamente digital.

Os novos hábitos de consumo e as recentes inovações tecnológicas mudaram dramaticamente a forma como nos relacionamos e registramos nossas vidas. Serviços de armazenamento de dados, e-mails e redes sociais já fazem parte do nosso dia a dia e podem conter dados valiosos do titular da conta.

Tecnologias recentes permitiram a acumulação de verdadeiras fortunas armazenadas virtualmente, nos mais variados formatos. Entretanto, enquanto a transmissão patrimonial após a morte é um fenômeno milenar, a herança digital apenas recentemente passou a ser considerada como objeto do direito das sucessões, ainda deixando dúvidas sobre a possível caracterização de tais bens como patrimônio.

Tendo em vista que as normas jurídicas nem sempre são capazes de acompanhar mudanças sociais tão significativas e céleres, o presente artigo propõe-se a analisar a possibilidade jurídica de reconhecimento de bens armazenados virtualmente como parte do patrimônio de um indivíduo e a transmissão desses após a morte.

Analisaremos ainda questões incidentais que surgem ao lidar com o tema. Em que medida o direito dos herdeiros pode entrar em conflito com a privacidade do falecido, como a atual legislação regula a matéria, projetos de leis em trâmite que poderão trazer grandes mudanças e as diferenças fundamentais entre o conteúdo veiculado através de mídias físicas e aquele licenciado através de contratos de adesão.

E-mails armazenados virtualmente deixados pelo falecido seriam diferentes de cartas guardadas na gaveta? Bens de existência exclusivamente virtual podem ter efetivo valor patrimonial? Quais os óbices à transmissão do acervo digital acumulado durante uma vida inteira? Esses são apenas alguns dos questionamentos que aqui tentaremos esclarecer.

Apresentaremos ainda os princípios e normas referentes a contratos de adesão, dada a especial relevância da lei contratual em ambientes de escassa legislação regulatória. E, ao final, exploraremos os principais óbices à transmissão do acervo digital, utilizando como exemplos algumas das formas mais comuns de bens armazenados virtualmente.

Ao observarmos os reflexos das recentes transformações comportamentais e culturais impulsionadas pela tecnologia, torna-se evidente que a maneira como preservamos a memória de entes queridos e as possibilidades do que podemos deixar aos nossos futuros herdeiros também passam por significativas mudanças. Sem pretensão de esgotar o tema, visamos aqui contribuir para o entendimento acadêmico do atual estado legal dos bens armazenados virtualmente, além de seus efeitos patrimoniais e sucessórios.

1 PATRIMÔNIO DIGITAL

1.1 Herança e valor patrimonial

A herança é conceituada de várias maneiras pela doutrina. Clóvis Beviláqua a descreve como “*transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente, em virtude da lei ou da vontade do transmissor*”¹. Maria Helena Diniz assim a define: “*o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmitem aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do de cujus*”². Já Rubens Limongi França refere-se ao tema utilizando a expressão “*direito das heranças*”, definindo-a como a “*sucessão na universalidade dos direitos que possuía o defunto*”³. Mas, por mais variadas as maneiras de abordar o tema, os conceitos oferecidos pela doutrina não apresentam qualquer empecilho à inclusão do “*acervo digital*” (termo aqui utilizado para referir-se ao conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente ou virtuais) ao tratar-se de herança, pois o próprio ordenamento jurídico não prevê esse tipo de restrição e expressa ideia abrangente de patrimônio.

Pode-se dizer que, não obstante a ausência de legislação específica, os princípios e instrumentos hermenêuticos já consagrados pelo nosso ordenamento jurídico possibilitam lidar com a herança digital. O Direito Digital é caracterizado pela aplicação de interpretação extensiva, pelo uso da analogia e por sua base legal na prática costumeira, uma vez que a produção legislativa nem sempre é capaz de acompanhar as constantes mudanças tecnológicas. Conseqüentemente, ao tratar-se da matéria, optar por uma interpretação restritiva do Código Civil seria deixar a sociedade desprotegida em face de uma nova realidade.

Desse modo, sendo a herança o patrimônio transmitido aos herdeiros e considerando a ideia expressa pelo código de 2002 de que o patrimônio

1 - BEVILÁQUA, Clóvis. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 2.

2 - DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 6 - direito das sucessões, 26ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 77.

3 - FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. São Paulo: RT, 1973. v. 2. p. 5.

inclui o complexo de relações jurídicas dotadas de valor econômico de uma determinada pessoa, percebe-se que arquivos digitais dotados de tal valor (sites, músicas, filmes, livros, bens virtuais e etc.) devem fazer parte da partilha. A crescente relevância de bens digitais já possibilita a interferência desses na parcela legítima reservada aos herdeiros necessários.

O potencial econômico do acervo digital é inegável. Em pesquisa realizada a pedido da empresa de segurança informática McAfee, a MSI Internacional entrevistou 323 consumidores brasileiros sobre o valor financeiro que atribuem aos seus ativos digitais. Foram avaliados downloads de música, memórias pessoais (como fotografias), comunicações pessoais (e-mails ou anotações), registros pessoais (saúde, finanças e seguros), informações de carreira (currículos, carteiras, cartas de apresentação, contatos de e-mail), passatempos e projetos de criação. Disso constatou-se que:

O valor total atribuído pelos brasileiros entrevistados aos arquivos digitais é R\$ 238.826,00. Os entrevistados indicam que 38% dos seus arquivos digitais são insubstituíveis, o que significa que o valor do seu patrimônio insubstituível é R\$ 90.754,00.⁴

Sobre a matéria, afirmou Sérgio Oliveira, diretor regional da área de consumidores para a América Latina da McAfee:

A maioria dos consumidores nem sonharia em deixar uma pilha de fotos de seus filhos, extratos bancários, senhas de Internet e outras informações pessoais disponíveis ou facilmente acessíveis para que estranhos pudessem se apossar desses dados.⁵

Do ponto de vista normativo, aponta Carlos Alberto Rohrmann que “*Uma importante inovação do Código Civil foi estender o conceito de bem móvel às ‘energias que tenham valor econômico’*. É inegável que os arquivos digitais de computador são ‘energia armazenada’[...]”⁶, referindo-se ao art. 83, inc I. do Código Civil. Assim, tendo arquivos digitais como energia armazenada, é possível considerar o acervo digital como um conjunto de bens móveis para efeitos legais.

Art.82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação

4 - Informação retirada do site <<http://web.archive.org/web/20121107035938/http://info.abril.com.br/ftp/Pesquisa-McAfee.pdf>>. Acesso em 07/07/16.

5 - Informação retirada do site <http://olhardigital.uol.com.br/noticia/brasileiro-calcula-patrimonio-digital-%20em-r-238-mil,-diz-estudo/29129>>. Acesso em 07/07/16.

6 - ROHRMANN, Carlos Alberto. Curso de direito virtual; Belo Horizonte: editora del Rey, 2005. p.195.

econômica social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:
I-as energias que tenham valor econômico.[...]

Ainda sobre documentos eletrônicos como energias de valor econômico e, portanto, bens móveis, resume o especialista em Direito Notarial Paulo Roberto Gaiger Ferreira no relatório do Brasil “O Notário e a Contratação Eletrônica” apresentado no XXIV Congresso Internacional do Notariado Latino:

O documento eletrônico, seja uma seqüência de bits representativa de um texto acadêmico ou de uma ordem de compra de milhões de reais, é considerado um bem móvel. O novo Código, em conformidade com a lei especial, dispõe, no artigo 83, inciso I, que as energias que tenham valor econômico são bens móveis para os efeitos legais. O critério de valor aplica-se também a bens gratuitos, mas cuja proteção pode ser aferida economicamente.⁷

Da aceitação dessas premissas decorre a inclusão de textos, fotos, arquivos de áudio e tudo mais que pode ser armazenado virtualmente no patrimônio acumulado de cada indivíduo, sejam esses bens guardados no próprio hardware do usuário ou através de provedores adequados.

Mesmo que se adote uma posição menos abrangente de que arquivos sem valor econômico, como fotos e vídeos de valor exclusivamente afetivo, não fazem parte do patrimônio e, portanto, são excluídos da partilha, não haveria óbice legal ao acesso pelos herdeiros a esse conteúdo em casos que assim seja determinado pelo de cujus em disposição de última vontade ou através de ordem judicial, entre outros, como veremos.

Estabelecido o valor patrimonial do acervo digital, resta saber se há empecilhos a sua efetiva transferência através de herança ou legado, objeto do presente trabalho. Devido à falta de regulação, essa questão ainda encontra-se sujeita a significativa insegurança jurídica.

1.2 Bens armazenados virtualmente e legislação brasileira

Diante da ausência de qualquer disposição que trate especificamente dos bens armazenados virtualmente no Código Civil, a transmissão desses bens através de herança decorre de interpretação extensiva e sistemática. Assim, como acontece com bens tangíveis e demais formas incontroversas

7 - Informação retirada do site <http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw=&in=MzQ0MA=&filtro=9&D%20ata=#_edn14>. Acesso em 07/07/16.

de patrimônio, os direitos sobre bens armazenados virtualmente advindos da sucessão ficam, em regra, com os familiares mais próximos do falecido, como filhos (descendentes), pais (ascendentes) ou cônjuge, segundo ordem prevista pelo Código, ou com os legatários, através de testamento. Conforme preleciona o artigo 1.784: “*Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”

Bens armazenados virtualmente em hard drives de propriedade do de cujus serão facilmente transferíveis, já que acompanham a mídia tangível que o contém, ou seja, o hardware herdado. Nesse sentido, fotos ou textos armazenados em pastas virtuais no computador pessoal não são tão diferentes de álbuns de fotos, cadernos ou seus demais equivalentes corpóreos que podem ser guardados no armário de casa.

Entretanto, parte crescente do patrimônio digital, especialmente com a tendência da computação em nuvem, é composta por arquivos adquiridos ou armazenados através de variados tipos de serviços online, cujas regras de acesso e transferência acabam ditadas pelos provedores. E, na falta de legislação sobre o assunto, arquivos armazenados virtualmente em contas de e-mail ou redes sociais têm sua transmissão regida exclusivamente por termos de serviço.

Dois projetos de lei buscaram regular a matéria: O PL4099/2012 e seu ex-apanço, o PL 4847/2012. Este último acrescenta o Capítulo II-A e os arts.1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, os quais apresentariam a seguinte redação:

Art. 1.797-A. A herança digital defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes:

- I senhas;
- II redes sociais;
- III contas da Internet;
- IV qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

Art. 1.797-B. Se o falecido, tendo capacidade para testar, não o tiver feito, a herança será transmitida aos herdeiros legítimos.

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

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

O Deputado Federal Marçal Filho, autor do projeto de lei, assim o justifica:

Tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada “herança digital”.

O Caderno TEC da Folha de S.Paulo trouxe uma reportagem sobre herança digital a partir de dados de uma pesquisa recente do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres). O estudo mostra que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua “herança digital” e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros, músicas, fotos e e-mails.

No Brasil, esse conceito de herança digital ainda é pouco difundido. Mas é preciso uma legislação apropriada para que as pessoas ao morrerem possam ter seus direitos resguardados a começar pela simples decisão de a quem deixar a senha de suas contas virtuais e também o seu legado digital. Quando não há nada determinado em testamento, o Código Civil prioriza familiares da pessoa que morreu para definir herdeiros. Dessa forma, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram.⁸

Já o PL 4099/2012, atualmente aguardando apreciação pelo Senado Federal⁹, visa garantir aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos e arquivos digitais, através da modificação do art. 1.788 do código civil para que bens digitais, assim como o acesso ao conteúdo armazenado em contas de e-mails e redes sociais titularizadas pelo de cujus, sejam incluídos na sucessão. O artigo passaria a ter a seguinte redação:

Art. 1.788. [...]

Parágrafo único. **Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança.**”

¹⁰ (grifo nosso)

Como justificativa do projeto de lei, seu autor, o Deputado Federal Jorginho de Mello, cita a disparidade de decisões judiciais sobre o assunto, em vista da falta de regulamentação. Famílias de pessoas falecidas, ao pleitear acesso a arquivos ou contas armazenadas na internet, estariam sujeitas a grande

8 - Informação retirada do site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012>. Acesso em 07/07/16.

9 - Informação retirada do site <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>> . Acesso em 07/07/2016.

10 - Informação retirada do site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012> Acesso em 07/07/16.

insegurança jurídica, constatando-se a disparidade de decisões proferidas pelo judiciário.

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.¹¹

Ressalta-se que, apesar da completa ausência de legislação em vigor tratando especificamente da matéria, o chamado “marco civil da internet”, Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, trata da internet como um todo, estabelecendo sólida base principiológica para lidar com certas indagações provenientes da herança digital. Os artigos seguintes são especialmente relevantes para a questão, pois reiteram a garantia de privacidade de todos os usuários:

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; [...]

Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

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;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; [...] X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; [...]

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput [...]

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de

11 - Informação retirada do site <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012>. Acesso em 07/07/16.

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.

A lei consolida a privacidade dos dados armazenados, fortalecendo a corrente jurisprudencial que não concede aos herdeiros acesso ao acervo digital deixado, no caso de não haver disposição de última vontade do de cujus nesse sentido. Trata-se de corrente que privilegia a inviolabilidade e sigilo das informações em prejuízo do direito dos herdeiros, fundamentando-se não só no recente marco civil da internet, mas também na garantia constitucional referente à intimidade e vida privada (art. 5, inc. X, da CF). Nota-se, por outro lado, que a aprovação do PL 4099/2012 iria de encontro a tal corrente, visto que estenderia o direito de saisine à totalidade do acervo digital, independentemente de manifestação do autor da herança.

Como ainda será exposto, diversos dispositivos presentes em termos de serviço proíbem a transmissão do conteúdo armazenado virtualmente após a morte do titular (outra tendência em clara oposição ao proposto pelo referido projeto de lei). Os componentes do acervo digital analisados no presente trabalho (músicas, livros, e-mails, perfis em redes sociais ou jogos on-line, entre outros) são, em regra, regidos por contratos de adesão que podem limitar as possibilidades de transferência de conteúdo ou conta. Seguem breves esclarecimentos sobre esta forma de contrato.

2. Contratos eletrônicos, de consumo e de adesão.

2.1 Contratos eletrônicos

Numa variedade de serviços de armazenamento “em nuvem”, redes sociais e mundos virtuais, a relação entre usuários e provedores é, em regra, governada pelos termos de serviço, contratos tipicamente apresentados no formato “click to agree”. Trata-se de contratos de adesão estabelecendo provisões sobre uma série de quesitos como: direitos de propriedade intelectual, direitos de propriedade sobre conteúdo, privacidade, normas comportamentais, transferência ou exclusão de contas, proibições ou regulamentos referentes a RMT (Real Money Trade), além de declarações que visam limitar a responsabilidade dos próprios provedores.

Há clara tendência no estabelecimento desses termos de minimizar as obrigações e preservar os direitos do provedor em detrimento do usuário. A transferência de contas, ou do conteúdo delas, costuma ser restringida,

dependendo do provedor e tipo de serviço oferecido (rede social, MMO, e-mail, entre outros). Alguns permitem transferências através de taxas, outros apenas as permitem no caso de morte e muitos não as permitem em hipótese alguma.

A possível caracterização dos termos de serviço, condições de uso e licenças empregados nos mundos virtuais, serviços de armazenamento ou lojas virtuais, não só como contratos de adesão, mas como contratos de consumo, é de especial relevância para a preservação dos direitos do usuário, pois, como afirma Paulo Lobo:

Aplica-se aos contratos eletrônicos o sistema legal de proteção do consumidor, notadamente quanto à proteção contra práticas abusivas e ao acesso prévio às condições gerais do contrato. A responsabilidade contratual é inescusável por parte da empresa utente do sistema, pois integra os meios admissíveis da oferta ao público. No direito brasileiro, a oferta vincula desde o momento em que é veiculada, máxime nas relações de consumo,[...] ¹²

Exemplo dos dispositivos veiculados por esses instrumentos são as cláusulas de eleição de fórum e de lei. Provisões referentes a “choice of law” e “choice of fórum” comumente selecionam a lei da sede da empresa provedora do serviço para reger o contrato, além do fórum mais conveniente para o provedor. No entanto, como estabelece a resolução nº 39/248 da ONU, de 9 de abril de 1985, é dever de todos os Estados membros a proteção ao consumidor. Embora a própria legislação brasileira (artigo 435 do Código Civil e artigo 9º, §2, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹³) estabeleça que o lugar do contrato é o da oferta ou proposta, nos contratos de consumo (incluindo contratos eletrônicos internacionais) considera-se o lugar que melhor beneficie o consumidor. Caso contrário, haveria clara ofensa ao princípio constitucional de defesa do consumidor, tornando inviável o acesso à justiça pela parte com menor poder de barganha. Inclusive, quanto às provisões de eleição de fórum, o STJ já decidiu que a constatação de tais cláusulas não é óbice a proposta de ação no Brasil, havendo competência concorrente, considerando a ausência de regulação da jurisdição do ciberespaço.¹⁴

Não obstante apresentem forma peculiar devida ao meio utilizado para efetivar-se oferta ou aceitação, contratos eletrônicos não são espécies

12 - LOBO, Paulo. Contratos. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011. p. 35

13 - Artigo 435 do Código Civil: “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.” Artigo 9º, §2, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

14 - Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial 1.168.547-RJ, julgado em 11/05/2010, unânime, DJ 07/02/2010.

distintas de contratos. São, na verdade, uma maneira dos contratos em espécie manifestarem-se. Apesar de serem comumente associados a contratos de adesão, já que o meio eletrônico favorece a proliferação de relações de consumo através de contratos “click to agree”, também possibilitam as condutas negociais típicas de partes tidas pela lei como de igual poder de barganha. Assim, contratos eletrônicos não configuram necessariamente relações de consumo, mas, caso apresentem os elementos essenciais dessa relação, serão regidos pelas mesmas leis consumeristas.

2.2 Condições gerais dos contratos

O meio eletrônico permite que atividades econômicas se relacionem com uma pluralidade de destinatários, sendo conveniente, ou até necessário, o uso de condições gerais como instrumentos negociais. Nesses casos, a regulação contratual é predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre predisponente e o respectivo aderente¹⁵.

As condições gerais não se confundem com o negócio jurídico bilateral que integram (os contratos de adesão), inclusive elas os antecedem. O próprio termo utilizado para referir-se ao instrumento expressa essa ideia. São “condições”, e não cláusulas, pois não surgem de relações intersubjetivas. Cláusulas supõem um contrato, não podendo anteceder-lo. O termo “gerais”, por outro lado, é entendido como constância e uniformidade, já que a generalidade permanece ainda que as condições gerais sejam integradas a um contrato individual assumindo forma de cláusula, podendo coexistir com aquelas que foram livremente negociadas. Além disso, elas vinculam juridicamente o predisponente ou utilizador a partir do momento em que são utilizadas, aproximando-se do negócio jurídico unilateral.

Sobre a regulação pátria do instrumento, somente com o Código de Defesa do consumidor, em 1990, houve sua disciplina, conquanto de modo implícito. Elas são abrangidas pelo Capítulo VI, “Da Proteção Contratual”, acerca dos contratos de adesão e as cláusulas abusivas. E, em 2002, o novo Código Civil, aplicado residualmente aos contratos de adesão e condições gerais que não sejam celebrados entre fornecedor e consumidor, dedicou dois artigos ao contrato de adesão.

O fato de matéria tão complexa ter sido escassamente regulada, recebendo a atenção de apenas dois artigos do código civil (423 e 424)¹⁶,

15 - LOBO, Paulo. op. cit., p. 122

16 - Artigo 423 do Código Civil: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

foi largamente criticado. Outros países dedicaram leis especiais minuciosas sobre a matéria, constatando a necessidade de regras claras e específicas para reger relações jurídicas desiguais. Essa tendência pode ser exemplificada pela Alemanha, que optou por lei especial em 1976, incorporadas ao seu código civil; Portugal com a lei das cláusulas contratuais gerais de 1985; e as Diretivas Europeias que promoveram mudanças significativas em vários ordenamentos jurídicos nacionais. Sobre a economia do tratamento conferido pelo atual código civil pátrio, Miguel Reale, coordenador da comissão elaboradora do projeto, cuja tramitação durou 3 décadas, defendeu a suficiência das duas regras genéricas afirmando: “*exemplo típico de um modelo jurídico de caráter aberto que proporciona ao juiz a possibilidade de encontrar equidade.*”¹⁷

As condições gerais não são exclusivas das relações consumeristas. Contratos de franquia, por exemplo, são submetidos a elas, ainda que o franqueado não seja enquadrado como consumidor. O Franqueador dispõe condições gerais a todos os franqueados que se tornam aderentes. Logo, não seria possível a completa regulação do instituto pelo código do consumidor. E, não sendo objeto de lei própria, sua regulação autônoma fica limitada aos dois artigos previstos no código civil.

Aliás, o próprio CDC incorre em imprecisões. Ao definir o contrato de adesão como:

[...] aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.[...]¹⁸

Ele refere-se, na verdade, às condições gerais. Somente essas poderão ser objeto de predisposição unilateral e previamente aprovadas por autoridade competente. As cláusulas não passam pelo mesmo escrutínio, podendo ser, inclusive, negociadas livremente pelas partes.

As condições gerais são predispostas em abstrato. A existência e validade jurídica delas são anteriores à existência do contrato individual (contrato de adesão) que as integra possibilitando-lhes eficácia. Não há oferta nem aceitação, mas predisposição e potencial conhecimento pelos destinatários. A partir da divulgação pelo predisponente, elas passam a existir juridicamente, estando sujeitas a controle preventivo judicial, principalmente mediante ação civil pública. A validade estará assegurada se não implicarem renúncia a direito ou violação da função social do contrato ou da boa-fé, nem forem consideradas abusivas. E tornar-se-ão eficazes após a conclusão

17 - REALE, Miguel apud LOBO, Paulo. op. cit., p. 126

18 - Artigo 54 da Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

do contrato de adesão que as integrou, desde que presentes os requisitos de adequação, suficiência e veracidade no cumprimento do dever de informar atribuído ao predisponente.

Sobre os requisitos de eficácia, vale ressaltar a importância do dever de informar. Cabe ao predisponente, levando em conta o aderente médio usuário ou adquirente, fornecer as condições de conhecimento e compreensão das condições gerais que integrarão o contrato de adesão. Trata-se da garantia de cognoscibilidade. Esta, no entanto, é objetiva. Registra-se apenas se, em circunstâncias normais, o aderente típico seria capaz de conhecer e entender, sendo irrelevante o efetivo conhecimento e compreensão para a aceitação.

Dessa maneira, ainda que o aderente declare expressamente conhecer e entender as condições gerais integradas pelo contrato de adesão, não há óbice a posterior pleito judicial pela ineficácia decorrente do não cumprimento do dever de informar. Em outras palavras, não obstante haja manifesta aceitação, o direito do aderente à cognoscibilidade restará violado se as informações forem fornecidas de modo inadequado, insuficiente ou inverídico pelo predisponente.

2.3 Contratos de adesão e de consumo

Os contratos de adesão são o instrumento através do qual as condições gerais se manifestam. Embora fortemente relacionados, estes institutos não se confundem, exibindo relação de continente e conteúdo. Além disso, os contratos de adesão sempre apresentarão espaço para a negociação entre as partes, ainda que limitado à determinação de dados pessoais, identificação do objeto ou preço. O conteúdo deles não é, portanto, exclusivamente predisposto por apenas uma das partes.

Entretanto, enquanto as condições gerais são predispostas anteriormente à existência do contrato de adesão, este só passa a existir a partir de declaração comum de ambas as partes. Então, como falar de contratante aderente (termo utilizado para referir-se à parte que não dispõe as condições gerais), se aderir implica a preexistência do ato ou negócio jurídico?

Não há adesão ao contrato pela parte com menor poder de barganha, pois este seria inexistente até o momento de aceitação. Não se pode falar ainda de adesão às cláusulas gerais, já que estas são aplicadas independentemente de consentimento. Logo, ocorre, na verdade, a adesão do contrato individual às condições gerais já predispostas, formando-se o contrato de adesão.

Trata-se, portanto, de contrato que, ao ser concluído, adere às condições gerais, predispostas por uma das partes, que passarão a produzir efeitos, ainda que não haja aceitação delas pela outra. O termo “contratante aderente”,

largamente utilizado pela doutrina e jurisprudência, refere-se, de fato, ao usuário ou adquirente dos produtos ou serviços providos pelo predisponente. Ou seja, a parte juridicamente vulnerável devido a sua submissão a condições gerais, sem poder discuti-las.

A lei reconhece a posição de vulnerabilidade jurídica de consumidores e aderentes, considerando a disparidade de poder negocial e domínio de informações, conferindo-lhes a proteção adequada. Não há de se falar aqui de hipossuficiência econômica, sendo irrelevante o poder econômico entre consumidor e fornecedor ou predisponente e aderente. Trata-se, na verdade, de presunção legal absoluta, não se admitindo prova do contrário, que determinadas posições contratuais são merecedoras de proteção legal, constatado o desequilíbrio inerente associado ao tipo de relação negocial. Além de restringir os tipos de cláusulas que poderão integrar o contrato, sob pena de nulidade, a proteção legal das partes juridicamente vulneráveis também inclui normas sobre a interpretação daquelas plenamente válidas já integradas a ele. Exemplos claros disso estão dispostos no artigo 423 do Código Civil¹⁹, que prevê a interpretação em benefício do aderente no caso de ambiguidade ou contradição, e no artigo 47 do CDC²⁰, que determina a interpretação em favor do consumidor de modo incondicional.

Interpretar contratos de adesão da mesma maneira que contratos paritários resultaria na efetivação exclusiva da vontade do predisponente, em vez da vontade comum das partes, já que apenas esse participou da elaboração das condições gerais.

Lembrando que todo contrato integrante de atividade econômica estará sujeito aos princípios estabelecidos no art. 170 da CF (que inclui, em seu inciso V, a defesa do consumidor), ressalta-se, por fim, o art. 6, inc.V, do CDC, referente a revisão contratual. O dispositivo garante o equilíbrio contratual desde o início da relação, permitindo ao consumidor modificar cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, e a manutenção desse equilíbrio no decorrer do cumprimento, ao prever a revisão contratual no caso de fato superveniente que torne o contrato excessivamente oneroso.

2.4 Cláusulas abusivas

São aquelas que, verificadas em contratos de consumo ou adesão, provocam desequilíbrio contratual desarrazoado em benefício da parte de poder negocial dominante (predisponente ou fornecedor).

19 - Artigo 423 do Código Civil: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

20 - Artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor: "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor."

Ressalta-se que dessa definição infere-se que as mesmas cláusulas consideradas abusivas nas relações consumeristas ou envolvendo contratos de adesão poderão ser válidas em contratos de livre negociação nos quais não haja disparidade de poder de barganha merecedora de proteção legal. Porém, tendo “cláusulas abusivas” em sentido amplo, nas relações regidas pelo Código Civil também existe base para a invalidação das cláusulas consideradas abusivas sob o fundamento de abuso de direito, positivado expressamente na legislação civil, caracterizado quando uma das partes abusa da sua posição contratual, ferindo a boa-fé e a função social do contrato. Ou seja, a abusividade, e consequente nulidade, ainda poderá ser verificada nos contratos individuais, ainda que não seja especificamente presumida pela lei, caso haja ofensa de regras ou princípios dispostos no diploma civil, especialmente o da boa fé, pois:

Enquanto no direito civil comum, o desrespeito dos limites impostos pelos fins econômicos e sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes, implica na caracterização da conduta abusiva, no direito do consumidor esta se dá por uma posição de dominância do fornecedor em relação ao consumidor.²¹

As cláusulas abusivas são previstas não só pelo Código do Consumidor, mas também pelo Código Civil. Enquanto esse dispõe um modelo aberto, sendo aplicável o disposto aos contratos em geral e, especificamente, o art. 424 sobre contratos de adesão, aquele estabelece extenso rol exemplificativo, permitindo ainda ao julgador analisar o caso concreto e verificar se determinada cláusula não especificada no art. 51 do CDC pode ser considerada abusiva. Porém, ambos os diplomas conferem nulidade às cláusulas abusivas.

A declaração de nulidade opera-se *ex tunc*. Ou seja, a cláusula abusiva jamais integra o contrato ou produz qualquer efeito jurídico, sendo absolutamente inválida. O Superior Tribunal de Justiça admite, inclusive, a discussão judicial da legalidade de condições gerais e cláusulas contratuais que já tenham sido cumpridas (como estabelecido no REsp 293.778)²². Contudo, não invalida-se o inteiro teor do contrato, fazendo-se valer do princípio da conservação do negócio jurídico adotado pelo direito brasileiro, sendo possível até mesmo invalidar cláusulas apenas parcialmente, mantendo-se conteúdo inofensivo ao equilíbrio contratual.

21 - MIRAGEM, Bruno. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. IN: Revista do Direito do Consumidor. nº 72, outubro-dezembro. São Paulo: RT, 2009. p. 46

22 - STJ - REsp: 293778 RS 2000/0135342-0, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 29/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 474 RDR vol. 22 p. 357

As cláusulas abusivas são matéria de ordem pública, pois o interesse lesado pertence a uma coletividade de sujeitos potencialmente atingidos. Como já afirmado, a presunção de vulnerabilidade é absoluta, não se admite prova do contrário, e refere-se a uma pluralidade de destinatários economicamente heterogêneos, desprovidos de poder negocial. Logo, o Ministério Público, associações cíveis e entidades estatais, além daqueles individualmente lesados através de ação individual, poderão suscitar a nulidade delas mediante ação civil pública.

2.5 Dever de informar

Feitas as devidas observações, resta destacar algumas particularidades sobre o dever de informar. Segundo Fábio Konder Comparato:

[...] a preocupação de defesa do consumidor conduziu, igualmente, a um alargamento da noção de compra e venda privada, no quadro mais realista de uma economia de empresa. Passou-se, assim, a entender que os processos de publicidade comercial, pela sua importância decisiva no escoamento da produção por um consumo em massa, integram o próprio mecanismo do contrato e devem, por conseguinte, merecer uma disciplina de ordem pública análoga à das estipulações contratuais.²³

Consagra esse tipo de disciplina o CDC, em seu art. 30, ao estabelecer, in verbis:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Ou seja, “*Toda informação que o contratante fornecedor utiliza, inclusive a publicidade, integra a oferta e o vincula, ainda que ele não tenha tal intenção.*”²⁴

Qualquer tipo de informação promovida e levada ao conhecimento do consumidor haverá de ser devidamente cumprida conforme ofertada. Isso se deve ao respeito à relação pré-contratual estabelecida. Prevê ainda o artigo 48 do CDC:

23 - COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do Direito econômico, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, 1974, vol. 15/16. p.7

24 - LOBO, Paulo. op. cit., p.190

As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.

Destarte, ao criar expectativa legítima, fica vinculado o fornecedor ao que pactuou com o consumidor, podendo ser coercitivo o cumprimento, conforme artigo 84. Ainda é possibilitado ao consumidor, conforme artigo 35 do mesmo diploma²⁵, no caso de recusa do prestador de serviço de cumprir a oferta amplamente divulgada, optar entre: cumprimento forçado da obrigação, nos termos apresentados; aceitar outro produto ou serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito a restituição da quantia paga.

Em suma, a responsabilidade do fornecedor é anterior ao contrato, iniciando-se na fase negocial, decorrendo da expectativa criada pelas informações veiculadas. Tal responsabilidade, aliás, perdura até a fase pós-contratual, na qual deveres anexos ao contrato continuam vigentes após concluídas as negociações.

Pode o fornecedor, aproveitando-se da desinformação do consumidor médio e valendo-se de má-fé, ocultar quaisquer ônus ou desvantagens decorrentes de seu produto da oferta veiculada. No entanto, obrigações das quais o consumidor não teve oportunidade de tomar conhecimento ou a ausência de vantagens ou possibilidades expressas numa oferta capaz de criar legítima expectativa nos consumidores poderão ser revertidas com base legal no art. 46 do CDC, in verbis:

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior:

Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato. Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e

25 - 26 Artigo. 35 do Código de Defesa do Consumidor: “Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

finalístico da norma indica dever o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, §4.º, CDC).²⁶

No Diploma Consumerista a transparência é prevista como princípio no art. 4º, caput, assim como a educação e informação no art.4º, inc IV. O direito à informação é estabelecido no art. 6º, III e reiterado no art. 46, além do direito à proteção contra práticas e cláusulas abusivas no art. 6.º, IV. E, confere-se ainda ao fornecedor o dever de informar de forma correta, clara, precisa e ostensiva, como dispõe o art. 31º. Assim, há sólida base normativa atribuindo à parte de maior poder de barganha a ampla, compreensível e adequada divulgação de qualquer aspecto relevante à relação contratual, especialmente das cláusulas onerosas ao consumidor, sob pena de desobrigar esse último de cumprir o contrato.

Enquanto doutrinadores como Paulo Luiz Netto entendem que essa hipótese legal rouba o contrato de sua eficácia, ou seja, tratar-se-ia da falta de cognoscibilidade acarretando ineficácia jurídica de contratos existentes e válidos juridicamente, há aqueles que nem mesmo admitem a existência desses contratos. Segundo Cláudia Lima Marques, no caso de descumprimento do dever de informar na fase pré-contratual, a relação contratual sequer atinge o plano da existência jurídica:

A sanção instituída pelo art. 46 do CDC para o descumprimento deste novo dever de informar, de oportunizar o conhecimento do conteúdo do contrato, encontra-se na própria norma do art. 46 o fato de tais contratos não obrigarem o consumidor. ‘Contratos’ não obrigatórios não existem, logo é a inexistência do vínculo contratual, como entendemos.²⁷

Todavia, independentemente da posição adotada nesse debate doutrinário, resta inexigível a obrigação estabelecida nos contratos de adesão em que o fornecedor descumpriu o dever de informar.

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.”

26 - GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Comentários ao código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 485.

27 - MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumi- dor. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 337/338.

3. ACERVO DIGITAL COMO PARTE DA HERANÇA: MÚSICAS, LIVROS, REDES SOCIAIS E E-MAILS

Considerando seu evidente potencial econômico, o acervo digital deve ser considerado na sucessão patrimonial. A aferição de seu valor pode inclusive afetar a parte legítima destinada aos herdeiros e a parte disponível para ser legada pelo autor da herança. Bens virtuais raros, arquivos armazenados virtualmente potencialmente valiosos para efeitos de propriedade intelectual e até sites ou contas que podem servir como fonte de renda após a morte de seu titular são apenas alguns exemplos de formas de patrimônio que, ainda que não sejam mencionadas em testamento, não devem ser ignoradas pela partilha. Caso contrário, haverá claro prejuízo aos direitos dos herdeiros.

Porém, embora a legislação em vigor permita a caracterização do acervo digital como parte do patrimônio do de cujus, a transmissão desses bens através de herança ou legado pode encontrar certos obstáculos.

3.1 Termos de serviço

Quando compramos e em seguida baixamos músicas, filmes ou e-books, não estamos adquirindo o mesmo produto contido em seus correspondentes tangíveis: CDs, DVDs ou livros. Em regra, adquire-se, na verdade, uma licença de uso regida por termos de serviço expressos em contratos “click to agree” que limitam significativamente as formas do usuário dispor de determinado conteúdo.

Seguem, a título exemplificativo, trechos dos termos de uso do Kindle, itunes e google play, respectivamente:

Uso do Conteúdo Kindle. Mediante o download de Conteúdo Kindle e o pagamento de todas os valores aplicáveis (incluindo impostos), o Provedor de Conteúdo concede a você o direito não exclusivo de visualizar, utilizar e exibir tal Conteúdo Kindle de forma ilimitada, unicamente por meio de um Aplicativo de Leitura ou conforme permitido como parte do Serviço, unicamente no número de Dispositivos Compatíveis especificados na Loja Kindle, e apenas para uso pessoal e não comercial. **Todo Conteúdo Kindle é apenas licenciado pelo Provedor de Conteúdo, não sendo vendido. O Provedor de Conteúdo poderá incluir termos adicionais para utilização de seu Conteúdo Kindle. [...]**

Restrições. Exceto se especificamente indicado de forma diferente, você não poderá vender, alugar, arrendar, distribuir, sublicenciar ou transferir quaisquer direitos ao Conteúdo Kindle ou qualquer

parte dele a terceiros, tampouco poderá remover ou modificar quaisquer avisos ou rótulos de propriedade no Conteúdo Kindle.²⁸ (grifo nosso)

A Apple é fornecedora do Serviço do iTunes, que **permite que você acesse, compre ou alugue conteúdo digital (“Produtos iTunes”) para uso por usuário final apenas sob os termos e condições estabelecidos neste Contrato [...]**

USO DE CONTEÚDO

Você concorda que o Serviço iTunes e certos Produtos iTunes incluem tecnologia de segurança que limita seu uso dos Produtos iTunes e que, sejam ou não os Produtos iTunes limitados por tecnologia de segurança, você deverá usar os Produtos iTunes em cumprimento com as regras de utilização aplicáveis estabelecidas pela Apple e seus licenciantes (“Regras de Utilização”), e que qualquer outro uso dos Produtos iTunes pode constituir violação de direitos autorais. Qualquer tecnologia de segurança é parte indissociável dos Produtos iTunes. **A Apple reserva-se o direito de modificar as Regras de Utilização a qualquer tempo [...]**

Sem prejuízo de qualquer disposição deste Contrato, a Apple e seus representantes se reservam o direito de alterar, suspender, remover ou desabilitar o acesso a quaisquer Produtos iTunes, conteúdos ou outros materiais, constituindo uma parte do Serviço iTunes, a qualquer momento, sem aviso. Em hipótese alguma, a Apple será responsabilizada por ter realizado tais alterações. [...]²⁹ (grifo nosso)
Venda, distribuição ou transferência a terceiros. O usuário não poderá vender, fazer empréstimo, fazer leasing, redistribuir, transmitir, comunicar, modificar, sublicenciar, transferir nem atribuir Conteúdos ou seus direitos ao Conteúdo a terceiros sem autorização, inclusive com relação aos downloads de Conteúdo que possam ser feitos por meio do Google Play. O uso de qualquer ferramenta ou recurso fornecido como parte autorizada do Google Play (por exemplo, “Recomendações Sociais”) não violará o presentemente disposto, contanto que o usuário utilize a ferramenta como especificamente permitido e somente da maneira exata especificada e permitida pela Google.

Captura de streaming. É vetado ao usuário a utilização do Google Play ou de qualquer Conteúdo em conjunto com programas de software de cópia de streaming, captura de streaming ou similares para gravar uma cópia do Conteúdo apresentado em formato de streaming.

Compartilhamento. É vetado ao usuário a utilização do Conteúdo como parte de serviços de compartilhamento, empréstimo, utilização

28 - Informação retirada do site <<http://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>>. Acesso em 07/07/16.

29 - Informação retirada do site <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html#SERVICE>>. Acesso em 07/07/16.

por mais de uma pessoa ou para fins de qualquer outro tipo de instituição, exceto conforme especificamente permitido e somente da maneira exata especificada e permitida pela Google (por exemplo, por meio de “Recomendações Sociais”).³⁰

No caso de contas de e-mails ou serviços que permitem o armazenamento de arquivos pessoais, é comum reconhecer direitos do usuário sobre o conteúdo que armazena, conforme exemplificado a seguir em trechos dos termos de uso do gmail e icloud:

Seu Conteúdo em nossos Serviços

Alguns de nossos Serviços permitem que você faça upload, submeta, armazene, envie ou receba conteúdo. **Você mantém a propriedade de quaisquer direitos de propriedade intelectual que você detenha sobre aquele conteúdo. Em resumo, aquilo que pertence a você, permanece com você.**³¹ (grifo nosso)

H. Conteúdo Enviado ou Disponibilizado pelo Usuário no Serviço

1. Licença do Usuário. Com exceção de material que possamos licenciar-lhe, **a Apple não reclama propriedade dos materiais e/ou Conteúdo que você envia ou disponibiliza no Serviço [...]** Ao enviar ou publicar tal Conteúdo em áreas do Serviço que são acessíveis ao público ou outros usuários, estará declarando que o Usuário é o proprietário de tal material e/ou tem todos os direitos, licenças, e autorizações necessários para distribuí-lo.³² (grifo nosso)

Entretanto, conforme as práticas predominantes no mercado, os termos de uso não geram direito de transmissão e estabelecem o perdimento do conteúdo:

D. Não Existência de Direito de Sucessão

A menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos à seu ID Apple ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser encerrada e **todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado.** Contate o Suporte iCloud através de <http://www.apple.com/support/icloud> para mais assistência.³³ (grifo nosso)

30 - Informação retirada do site <https://play.google.com/intl/pt-BR_br/about/play-terms.html>. Acesso em 07/07/16

31 - Informação retirada do site<<https://www.google.com/intl/pt-BR/policies/terms/>>. Acesso em 07/07/16.

32 - Informação retirada do site <<http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>>. Acesso em 07/07/16.

33 - Informação retirada do site <<http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>> Acesso em 07/07/16.

3.2 Desconexão entre interface e direitos conferidos pelos termos de serviço.

É interessante notar que os direitos sobre músicas, filmes e e-books comprados em lojas virtuais muitas vezes não correspondem à expectativa criada pela interface disponibilizada pelo provedor.

Ao fazer compras online, percebe-se um visível esforço em termos de design e interface das lojas virtuais para simular um ambiente físico. A expressão “adicionar ao carrinho”, por exemplo, não faz sentido literal na loja virtual, pois não há nenhum carrinho. Entretanto, como se presume que o usuário está habituado a fazer compras no mundo físico, a expressão passa de forma eficaz a mensagem de que um item será adicionado a um grupo e que, ao pagar a totalidade desse grupo, vários itens serão adquiridos conjuntamente. Da mesma maneira, lojas virtuais exibem estantes virtuais de livros ou CDs, ainda que nenhum formato tangível seja vendido, e as compras são efetivadas através de clicks em botões com os dizeres “comprar música” ou “comprar livro”, quando na verdade adquire-se uma licença de uso em vez do conteúdo equivalente ao correspondente físico de determinado produto. Essa interface, sem dúvida, auxilia usuários não familiarizados com compras online, pois, ao invocar os elementos físicos presentes na realização de compras numa loja tradicional, o ato de comprar online torna-se mais intuitivo.

Porém, em muitos casos, as expectativas do usuário em relação aos direitos sobre o conteúdo que está adquirindo serão negadas pelos termos de serviço, apesar de serem incentivadas ou até criadas pela interface disponibilizada para que realizasse a compra.

3.3 Privacidade

Outro fator importante a ser considerado, especialmente no caso de contas de redes sociais, e-mails e serviços de armazenamento de arquivos, é a privacidade.

Conforme o art. 3º do Marco Civil da internet, em seus incisos II e III, a disciplina do uso da internet no Brasil tem como princípios a proteção da privacidade e dos dados pessoais. Inclusive, o art. 7º, em seus incisos I, II e III, assegura ao usuário a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet e de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial.

Assim, na ausência de disposição de última vontade do titular da conta, é preciso considerar ainda se o usuário falecido desejaria que seus e-mails e demais formas de conteúdo armazenado virtualmente fossem vistos

pela sua família. Nesses casos os herdeiros poderão pleitear judicialmente o acesso ou a transmissão do conteúdo armazenado que poderão ser autorizados por sentença, levando em conta o grau de parentesco.

Pode-se entender patrimônio de forma menos abrangente, admitindo a suscetibilidade de valoração econômica de bens armazenados virtualmente como determinante para sua inclusão na partilha. Ou seja, dividindo todos esses bens em dois tipos: suscetível de apreciação econômica e, portanto, parte da herança, independentemente de previsão em testamento; e insuscetível de tal valoração, sendo o acesso e apropriação pelos herdeiros dependente de manifestação prévia (expressa ou tácita) do de cujus e ordem judicial. Entretanto, classificar todos os bens armazenados virtualmente nessas duas categorias não é tarefa simples, o que pode favorecer uma visão mais abrangente de patrimônio para incluir bens de mero valor afetivo.

Além disso, tal distinção pode se tornar problemática, considerando que bens virtuais de aparente valor exclusivamente afetivo podem um dia se tornar fonte de propriedade intelectual. Em 2009, nos EUA, o serviço de e-mails do Yahoo, apesar de determinar nas suas condições de uso que suas contas, além de não serem transferíveis, são excluídas no caso de morte do titular, foi obrigado a fornecer à família do soldado Justin Ellsworth, morto no Iraque, cópias do conteúdo armazenado em sua conta. Nesse caso paradigmático, percebe-se que, excluindo a conta de usuários falecidos, companhias como o Yahoo estariam privando herdeiros do acesso a propriedade intelectual potencialmente significativa.³⁴ Caso o falecido imprimisse seus e-mails e os guardasse de maneira física, esses fariam parte inegável de seu espólio.³⁵

E-mails são uma forma de propriedade virtual única e pessoal para cada indivíduo e, como o caso acima exemplifica, ainda são uma questão jurisprudencial controversa. Com o gradual aumento desse tipo de demanda nas cortes pátrias, cabe aos tribunais brasileiros estabelecerem entendimento coerente com os princípios constitucionais e civis para evitar a insegurança jurídica.

Do exposto, percebe-se que os bens armazenados virtualmente suscetíveis de valoração econômica fazem parte inegável da partilha, enquanto o acesso dos herdeiros àqueles insuscetíveis dependerá de manifestação de última vontade do de cujus. Mas, não havendo tal registro, ainda será possível aos herdeiros pleitear judicialmente o acesso ou a transmissão do conteúdo de contas de e-mails ou perfis em redes sociais. E, em caso de indeferimento desse pleito, será possível, ao menos, conseguir a determinação judicial da exclusão

34 - RASCH, Mark D. apud TRUONG, Olivia Y., *Virtual Inheritance: Assigning More Virtual Property Rights*, 21 SYRACUSE SCI. & TECH. L. REP. 57, 83 (2009), p.83. Disponível em: <http://jost.syr.edu/wp-content/uploads/3_Truong-SSTLR-Vol.-21-Fall-2009-FINAL.pdf>. Acesso em 07/07/16.

35 - Idem.

de conta ou a retirada de qualquer material publicado em redes sociais.

Caso similar no Brasil envolveu os familiares da jornalista Juliana Ribeiro Campos, 24 anos, falecida em maio de 2012. Dolores Pereira Ribeiro, mãe da jovem, conta que, ao tentar cancelar a conta de sua filha através das ferramentas disponibilizadas pela própria rede social, foi informada que a página respectiva fora transformada em memorial post mortem, conforme a política da empresa para usuários falecidos, que continuaria a permitir a postagem de conteúdo pelos contatos da filha (mais de 300).

Desejando a remoção completa do perfil, afirmando que a página havia sido transformada num “muro de lamentações”, Dolores ajuizou ação contra o facebook Brasil na 1ª Vara do Juizado Central de Campo Grande, sendo determinado em caráter liminar o imediato cancelamento do perfil com multa de R\$ 500 por dia de descumprimento.³⁶

3.4 Herança e legado digital

Do exposto, percebe-se importância do registro de última vontade. No Brasil, não só há pouco uso do instituto do testamento, devido às garantias já conferidas pela lei aos parentes mais próximos, mas também não se costuma dispor nele sobre o acervo digital. Entretanto, ainda que haja testamento minucioso, não havendo lei específica sobre a matéria, grande parte do que adquirimos ou armazenamos online tem sua transmissibilidade significativamente limitada por termos de uso. Então, como transferir efetivamente o acervo digital?

A solução prática para o problema seria apenas deixar senha, e demais informações necessárias para acesso, aos herdeiros. Mas tal conduta não procede juridicamente, pois em muitos casos configuraria crime de falsa identidade previsto no art. 307 do Código Penal³⁷, através do qual alguém se faria passar por outrem para ter acesso à identidade e aos bens digitais.

A transmissão de parte significativa dos bens armazenados virtualmente pode ser efetivada através de uma espécie de “testamento virtual”. Já existem serviços adequados a lidar com a matéria. Companhias especializados nas disposições referentes ao acervo digital no caso de morte, como SecureSafe e PasswordBox, (através das funções DataInherit e legacy Vault, respectivamente), permitem determinar transferência de contas de email, senhas, perfis em redes sociais ou conteúdo de serviço de

36 - Informação retirada do site <<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pede-na-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>>. Acesso em 07/07/16.

37 - Artigo 307 do Código Penal: “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.”

armazenamento em nuvem para um beneficiário no caso de morte do titular. De modo similar, o gerenciador de contas inativas fornecido pelo Google³⁸ possibilita aos herdeiros acessar o conteúdo armazenado pelo de cujus em serviços associados como gmail, Google Drive, Perfis do Google+, Blogger; Álbuns do Picasa, YouTube, entre outros. É possível ainda determinar a simples exclusão dessas contas. Ou seja, pode-se legar parte do acervo digital ou apagá-lo completamente.

Através de serviços do tipo é possível ainda armazenar mensagens particulares destinadas a familiares ou amigos que serão enviadas pelo sistema apenas no caso de morte do titular da conta. Sejam mensagens de conforto, agradecimento ou arrependimento, é possível garantir que certas coisas não fiquem sem ser ditas.

Os termos de serviço de cada provedor, sejam redes sociais ou serviços de armazenamento “em nuvem”, lidam com a morte do titular ou a inatividade de uma conta de maneiras diferentes. O Facebook, por exemplo, não permite acesso à conta pelos herdeiros, mas possibilita a exclusão da conta ou sua transformação em memorial, através de solicitação e fornecimento de documento (certificado de óbito, a certidão de nascimento da pessoa falecida ou prova de autoridade).³⁹ Do mesmo modo, Twitter não fornece informações de acesso à conta a ninguém, independentemente do grau de relacionamento com o falecido, permitindo, no entanto, a requisição da remoção de uma conta de usuário falecido, através do fornecimento de certas informações como dados sobre a pessoa falecida, cópia de identidade e cópia de atestado de óbito.⁴⁰ A Microsoft, em termos de serviço referentes a contas de email e armazenamento de arquivos como Outlook e OneDrive, respectivamente, não permite que os usuários transfiram suas contas e, caso não seja feito login durante o período de um ano, estabelece a perda do conteúdo armazenado.⁴¹

Por fim, as licenças associadas aos e-books, músicas ou filmes, podem conceder maiores ou menores restrições referentes a transmissibilidade, dependendo do provedor e serviço. As restrições de uso associadas ao padrão “itunes plus”⁴², por exemplo, são dramaticamente menores comparadas ao padrão tradicional com DRM (Digital Restrictions Management, modo de restringir a difusão por cópia de conteúdos digitais).

38 - Informação retirada do site <<https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>>. Acesso em 07/07/16.

39 - Informação retirada do site <<https://pt-br.facebook.com/help/150486848354038?ref=related>> acesso em 07/07/16.

40 - Informação retirada do site <<https://support.twitter.com/articles/416226>>. Acesso em 07/07/16.

41 - Informação retirada do site <<https://www.microsoft.com/pt-br/servicesagreement/>>. Acesso em 07/07/16.

42 - Informação retirada do site <<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html>>. Acesso em 07/07/16.

Entretanto, na ausência de leis específicas sobre a matéria ou de entendimento jurisprudencial claro sobre a abusividade de certas condições impostas pelos provedores, a transmissão das variadas formas de componentes do acervo digital resta regulada por contratos de adesão “click to agree” que, segundo as práticas predominantes do mercado, não costumam prever, e ocasionalmente expressamente proíbem, a transferência através de herança ou legado. Consequentemente, uma porção significativa do patrimônio acumulado no curso de uma vida poderá vir a ser perdida ou negada em prejuízo de herdeiros legítimos e legatários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo propôs-se a analisar a viabilidade jurídica do reconhecimento do acervo digital como patrimônio e os óbices a sua transferência através de herança, além de questões incidentais decorrentes das peculiaridades dos variados tipos de bens armazenados virtualmente.

Confirma-se aqui a compatibilidade do sistema jurídico vigente com o reconhecimento do valor econômico do acervo digital e a extrema relevância dessa nova forma de patrimônio, devendo ser considerada na partilha. Contudo, não havendo qualquer legislação específica sobre a matéria ou jurisprudência pacífica sobre a abusividade de determinados tipos de condições impostas por provedores, a efetiva transferência através de herança encontra-se significativamente limitada por contratos de adesão.

Tais contratos regem a maioria das relações estabelecidas on-line. Embora os termos de uso de serviços de armazenamento de dados, e-mails e redes sociais costumem reconhecer a propriedade do usuário sobre o conteúdo por ele armazenado, a transferibilidade é raramente permitida, ainda que se trate de caso de morte do titular.

No caso da herança de e-books, músicas e filmes, nota-se que os termos de uso também restringem consideravelmente as possibilidades de dispor do conteúdo, pois, em regra, não adquire-se qualquer direito de propriedade, mas apenas uma licença de uso.

A título exemplificativo: ao comprar um CD, adquire-se a propriedade sobre uma mídia cujo conteúdo é propriedade intelectual de outrem. Comprando uma música on-line, por outro lado, costuma-se adquirir mera licença de uso permitindo o acesso pessoal a determinado conteúdo com severas limitações quanto à transferibilidade dela. E, assim, o mesmo padrão é repetido com outras formas de propriedade intelectual.

A expectativa de poder dispor do conteúdo da mesma maneira que se poderia adquirindo uma mídia física é muitas vezes criada ou perpetuada

pela própria interface das lojas virtuais. Esse aspecto do mercado on-line é especialmente problemático, tendo em vista que em certos casos é possível observar o descumprimento do dever de informar imposto por lei ao predisponente das condições gerais, já que as informações veiculadas pelo fornecedor (incluindo através da interface de uso) vinculam, ainda que não seja sua intenção.

Quanto às questões incidentais aqui abordadas envolvendo a transferibilidade do acervo digital e o acesso pelos herdeiros, ressalta-se a importância de dispor sobre a matéria em testamento, ou até através de serviços de “testamento virtual”. A disposição do patrimônio digital deve ser respeitada do mesmo modo que seria caso tratasse do patrimônio corpóreo.

Bens armazenados virtualmente suscetíveis de apreciação econômica fazem parte incontroversa da herança, constituindo direito dos herdeiros independentemente de previsão em testamento, já o acesso e apropriação pelos herdeiros dos insuscetíveis de tal valoração dependem de manifestação prévia (expressa ou tácita) do de cujus e ordem judicial.

Não havendo disposição de última vontade, devido a atual imprevisibilidade jurisprudencial, pode-se privilegiar a privacidade do de cujus, negando-se o acesso dos herdeiros. Entretanto, esses ainda poderão conseguir, ao menos, a determinação judicial de exclusão do conteúdo armazenado ou postado, dependendo do tipo de serviço.

Os bens armazenados virtualmente devem ser inventariados e herdados, conforme os limites legais. Contudo, enquanto aqueles armazenados em hard drive de propriedade do falecido serão de fácil transferência, como cartas na gaveta, aqueles armazenados através das variadas formas serviços oferecidos on-line obedecem aos limites contratuais regentes das relações das quais o de cujus era parte.

Assim, resta evidente o valor patrimonial do acervo digital e seus efeitos sucessórios. Porém, no atual estado regulatório sem jurisprudência sedimentada ou lei específica regulando a herança digital, constata-se que parte considerável do patrimônio digital será perdida com a morte do titular em detrimento de seus sucessores.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Proteção do Consumidor: importante capítulo do Direito econômico**, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, Nova Série, 1974, vol. 15/16.

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

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: RT, 1973. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Comentários ao código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRAGEM, Bruno. **Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro**. IN: Revista do Direito do Consumidor. nº 72, outubro- dezembro. São Paulo: RT, 2009.

RASCH, Mark D. apud TRUONG, Olivia Y., **Virtual Inheritance: Assigning More Virtual Property Rights**, 21 SYRACUSE SCI. & TECH. L. REP. 57, 83 (2009).p.83. Disponível em: <http://jost.syr.edu/wp-content/uploads/3_Truong-SSTLR-Vol.-21-Fall-2009-FINAL.pdf>.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de direito virtual**; Belo Horizonte: editora del Rey, 2005.

Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial 1.168.547-RJ, julgado em 11/05/2010, unânime, DJ 07/02/2010.

STJ - REsp: 293778 RS 2000/0135342-0, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 29/05/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 20.08.2001 p. 474 RDR vol. 22 p. 357.

<<http://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>>. Acesso em 07/07/16.

<<http://www.apple.com/legal/internet-services/itunes/br/terms.html#SERVICE>>. Acesso em 07/07/16.

<<http://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>> Acesso em 07/07/16.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012>. Acesso em 07/07/16.

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>> . Acesso em 07/07/2016.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012> Acesso em 07/07/16.

<<http://g1.globo.com/mato-grosso-do-sul/noticia/2013/04/mae-pedena-justica-que-facebook-exclua-perfil-de-filha-falecida-em-ms.html>>. Acesso em 07/07/16.

<<https://www.google.com/intl/pt-BR/policies/terms/>>. Acesso em

07/07/16.

<<https://www.microsoft.com/pt-br/servicesagreement/>>. Acesso em 07/07/16.

<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw=&in=MzQ0MA=&filtro=9&D%20ata=#_edn14>. Acesso em 07/07/16.

<<http://olhardigital.uol.com.br/noticia/brasileiro-calcula-patrimonio-digital-%20em-r-238-mil,-diz-estudo/29129>>. Acesso em 07/07/16.

<https://play.google.com/intl/pt-BR_br/about/play-terms.html>. Acesso em 07/07/16

<<https://pt-br.facebook.com/help/150486848354038?ref=related>>. Acesso em 07/07/16.

<<https://support.twitter.com/articles/416226>>. Acesso em 07/07/16.

<<https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>>. Acesso em 07/07/16.

<<http://web.archive.org/web/20121107035938/http://info.abril.com.br/ftp/Pesquisa-McAfee.pdf>>. Acesso em 07/07/16.