

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**REGULAMENTAÇÃO DE BENS DIGITAIS NO BRASIL: EXISTÊNCIA,
SUCESSÃO E RESPONSABILIDADE POR DANOS.**

FELIPE CUNHA DE SOUSA

Rio de Janeiro

2021/2

FELIPE CUNHA DE SOUSA

**REGULAMENTAÇÃO DE BENS DIGITAIS NO BRASIL: EXISTÊNCIA,
SUCESSÃO E RESPONSABILIDADE POR DANOS.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Rafael Esteves Frutuoso.**

Rio de Janeiro

2021/2

FICHA CATALOGRÁFICA

CS725r CUNHA DE SOUSA, FELIPE
REGULAMENTAÇÃO DE BENS DIGITAIS NO BRASIL:
EXISTÊNCIA, SUCESSÃO E RESPONSABILIDADE POR DANOS.
/ FELIPE CUNHA DE SOUSA. -- Rio de Janeiro, 2021.
67 f.

Orientador: RAFAEL ESTEVES FRUTUOSO.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. BENS DIGITAIS. 2. HERANÇA DIGITAL . 3.
RESPONSABILIDADE CIVIL. 4. RESPONSABILIDADE
ALGORÍTMICA. I. ESTEVES FRUTUOSO, RAFAEL , orient.
II. Título.

FELIPE CUNHA DE SOUSA

**REGULAMENTAÇÃO DE BENS DIGITAIS NO BRASIL: EXISTÊNCIA,
SUCESSÃO E RESPONSABILIDADE POR DANOS.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. **Rafael Esteves Frutuoso**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2021/2

AGRADECIMENTOS

Em primeiro, agradeço a Deus, que foi base durante todo esse período de faculdade, sendo responsável pela força e perseverança necessária para concluir essa etapa em minha vida, com saúde e sucesso durante a caminhada, mesmo em tempos pandêmicos.

Em segundo, agradeço à minha família e namorada, por terem me apoiado em todas as horas, mantendo-me de pé nas horas difíceis e celebrando os bons momentos.

Agradeço também aos meus amigos, que trouxeram a necessária diversão nesse período e com certeza deixaram essa jornada mais prazerosa. Os do colégio, que se mantiveram ao meu lado, os da Nacional, que conquistaram especial importância em tão pouco tempo e os dos estágios, que facilitaram o trabalho e o dia a dia.

Por fim, agradeço à Nacional, por tantos bons momentos, pela incrível estrutura e por todas as amizades que levo desse caminho. Em especial, ao professor Rafael Esteves, meu orientador, pela paciência e por tantas orientações que permitiram que esse trabalho fosse concluído.

Agradeço ainda a todos que poderiam estar citados aqui e me ajudaram de alguma forma.

RESUMO

O avanço tecnológico da última década viabilizou a existência de novos ativos digitais, cujo reconhecimento da existência pelo ordenamento jurídico brasileiro viabiliza a constatação da existência de bens digitais patrimoniais, existenciais ou híbridos. O reconhecimento da existência desses bens gera uma série de implicações jurídicas a serem tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro, quanto a possibilidade de lesão, atraindo a responsabilidade civil e a possibilidade de transmissibilidade desses bens. Sendo assim, a partir do estudo comparativo com os avanços legislativos de outros países percebe-se a necessidade de criação de um sistema de proteção e regulamentação desses bens digitais para que o direito possa estar alinhado e acompanhar as inovações tecnológicas e a nova realidade proposta pelas novas tecnologias.

Palavras-chave: Bens Digitais; Herança Digital; Responsabilidade Civil; Responsabilidade Algorítmica.

ABSTRACT

Digital assets are a consequence of the technological progress of the last decade. Under Brazilian legislation, it is important to state that these digital assets shall be considered as legal goods that could express patrimonial, personality or hybrid aspects. Therefore, their existence implies in legal obligations, civil liability and the possibility of succession of this assets. In this way, it was proposed a comparative study about the evolution of legislative techniques used at other countries, indicating that Brazil should create a legal system that can protect and regulate digital assets and embrace progress.

Key words: Digital Assets; Digital Heritage; Civil Liability; Algorithmic Liability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. BENS DIGITAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	12
1.1 Classificação dos bens digitais à luz do ordenamento jurídico	12
1.2 Bens digitais patrimoniais	17
1.3 Bens digitais existenciais	19
1.4 Bens digitais híbridos.....	21
2. BASE NORMATIVA PARA OS BENS DIGITAIS NO BRASIL.	24
2.1 Ordenamento jurídico brasileiro.....	24
2.2 Marco civil da Internet.....	25
2.3 Lei Geral de Proteção de dados	29
2.4 Da questão sucessória e da admissibilidade da herança digital.....	32
2.5 Iniciativa estadunidense e alemã para regulamentação.....	39
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR LESÕES AOS BENS DIGITAIS	44
3.1 Danos causados aos bens digitais	44
3.2 Responsabilidade de terceiros e de familiares.....	47
3.3 Responsabilidade dos provedores.....	50
3.3.1 Dos casos de perda do acesso e relação consumo	55
3.3.2 Da personalidade digital e novas relações de trabalho	56
3.4 Responsabilidade do Estado.....	59
3.5 Do modelo brasileiro para regulamentação.....	64
CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

O direito, enquanto ciência social, é organizado para que seja possível acompanhar a pluralidade e dinamismo da sociedade, oferecendo respostas justas aos anseios da população pela tutela adequada de seus direitos diante dos avanços tecnológicos e dos danos decorrentes do desenvolvimento econômico. Assim, entende-se que o direito, ao se confrontar com uma nova situação, deve se reinventar para dar as respostas adequadas e não permitir a criação de lacunas jurídicas ou abrir espaço para injusto.

Ocorre que, após mais de duas décadas de avanços espantosos e que redimensionaram toda a experiência de vida dos indivíduos, celebrando o início de longa caminhada à uma vida tecnológica, a sociedade encontra-se diante de um novo desafio que altera o pilar básico de toda a existência e, por consequência, da moral, que é a materialidade física da vida, da pessoa e de seus bens.

Por mais que hoje o padrão de vida médio do homem em sociedade seja manter-se brutalmente conectado aos seus novos e atualizados dispositivos para a imersão digital, encontra-se a porta da sociedade uma nova possibilidade. Assim, vislumbra-se que, em cerca de menos de uma década, haverá uma alteração substancial do padrão de vida da humanidade a partir da possibilidade de uma vida digital, a ser concretizada a partir de realidade totalmente digital, em que a pessoa, para além de poder manifestar pensamentos, também poderá possuir diversos bens digitais.

Vê-se assim, um desarranjo entre a linha de avanço tecnológico e a linha da regulamentação desse avanço, criando uma nova tendência global por ativos que somente existem em uma realidade virtual que já movimentam milhares de reais e dólares sem que o direito tenha minimamente conseguido avançar sobre os pontos de partida dessas regulamentações.

De forma semelhante, o avanço dos aplicativos de entrega, transporte privado e outros modelos de negócio vem criando também profissões diretamente vinculadas à existência de um perfil digital, de forma que a avaliação de usuários, os algoritmos de buscas e o poderio das fortes corporações podem, em um simples piscar de olhos, influenciar em carreiras de anos nesse novo mundo totalmente digital.

Deste modo, seja cético ou entusiasta, a realidade que vem sendo discutida Brasil a fora evidencia um padrão de disrupção da linearidade entre avanço tecnológico e a capacidade de regulamentação de todos os bens e profissões digitais que estão surgindo de um dia para o outro, com diversas novas funcionalidades e modelos operacionais que estão sendo vorazmente consumidos pelo grande capital e criando milhares de novas relações jurídicas complexas, pouco tuteladas pelo nosso ordenamento.

Este presente trabalho, com base nos ensinamentos colhidos a partir da bibliografia estudada, teve como objetivo geral analisar as implicações jurídicas do reconhecimento da existência de bens jurídicos digitais no ordenamento jurídico. Por consequência, o objetivo específico deste trabalho foi analisar se o ordenamento jurídico brasileiro possui bases para estabelecer um sistema de regulamentação e proteção aos bens jurídicos digitais, identificando os desafios e a necessidade de influência do direito comparado.

Para que isso fosse possível, esses novos bens foram conceituados no primeiro capítulo, apresentando suas características e os enquadrando dentro das classificações doutrinárias. Foi ainda apresentada a possibilidade de divisão entre bens patrimoniais, existenciais e híbridos. Em sequência, a partir do segundo capítulo foi estudada a possibilidade de sucessão desses bens, buscando assim corroborar para o debate sobre a existência de uma herança digital.

A partir desse objetivo específico, tornou-se possível definir a hipótese que o ordenamento jurídico ainda não enfrentou corretamente a temática dos bens digitais, sendo

necessário que o judiciário e a doutrina brasileira se aprofundem na busca por um sistema que combine as experiências do direito comparado e as adaptem para a realidade brasileira.

Sendo assim, ainda no segundo capítulo foram contrastadas as perspectivas dos ordenamentos jurídicos alemão e estadunidense com os atuais regramentos legislativos brasileiros que regulam a internet e as informações que circulam no meio digital, em especial o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Por fim, confirmada a hipótese de que os diplomas legislativos ainda se encontram incipientes em face da complexidade do tema, buscou-se, no terceiro capítulo, que fosse explicado o tratamento que os bens digitais tiveram recentemente nas cortes brasileiras. Evidenciou-se, por consequência, que a ausência de um sistema bem definido, implicará na existência de novos danos, abrindo margem para lacunas e para o injusto.

Nessa perspectiva, o terceiro capítulo se encerra buscando soluções para corroborar para o debate doutrinário. Identificou-se, em primeiro lugar, a hipótese seria enfrentada pelo reconhecimento do uso da hermenêutica constitucional, como chave para os problemas imediatos decorrentes do reconhecimento da existência desses bens. E, em segundo lugar, o avanço de projetos legislativos que corretamente dimensionem o mundo digital e entendam os desafios de um novo mercado completamente digital e descentralizado.

Dessa forma, o trabalho buscou identificar as bases para o sistema de proteção e regulação de bens digitais no Brasil, a partir da influência dos princípios constitucionais, assim como da importância da legislação consumerista e a superação da ideia de dano físico, aprimorando as experiências do direito comparado para a realidade brasileira e seus desafios.

1. BENS DIGITAIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

1.1 Classificação dos bens digitais à luz do ordenamento jurídico

Em primeiro lugar, diante da vastidão de elementos que compõem o mundo virtual, torna-se necessário realizar certas escolhas terminológicas para que este presente trabalho possa encontrar coerência. Nesse sentido, Bruno Zampier (2020, p. 95) traz um recorte específico que indica que nos Estados Unidos, dois termos estão sendo mais comumente designados para tratar desses elementos digitais.

O primeiro trata dos *Digital Assets*, que poderia ser traduzido ao português como ativos digitais e o segundo a *Digital Property*, que poderia ser traduzido como propriedade digital. O posicionamento do Autor parece encontrar coerência ao identificar que tais termos não correspondem à realidade jurídica do Brasil, optando assim por caracterizá-los enquanto bens digitais com as correspondentes divisões acerca dos aspectos patrimoniais ou existenciais que a utilidade destes implica.

Isto posto, antes de avançar a devida classificação desses bens e seu posicionamento jurídico no ordenamento brasileiro, deve-se considerar que esses elementos, como Bruno Zampier (2020, p.95) qualifica, são fruto de verdadeira revolução tecnológica, onde se houve rápida escalada de perfis simples em redes sociais para conexão com amigos mais íntimos, para que seja possível a criação de novas moedas, propriedades e informações que apenas existem dentro de uma realidade virtual.

Nesse caminho, esta revolução encontra-se seu ápice no ano de 2021. Ressalta-se que, por mais que a pandemia não tenha se encerrado por completo, este ano marcou mais uma transição a ser realizada. Ora se 2020 ficou marcado pela necessidade de rápida adaptação forçada aos meios tecnológicos, o ano de 2021 marcou a necessidade de conciliação e possibilidade de coexistência entre uma realidade física e tangível e a realidade virtual que

permite não só a demonstração de seus traços de personalidade, como a aquisição e manutenção de bens.

Neste ponto, lembra-se o tradicional gráfico da quantidade de fotos que são tiradas diariamente durante os anos, em que há um aumento exponencial desde a invenção dos *smartphone* de milhões de fotos tiradas para trilhões de fotos diárias. A situação, guardadas as devidas proporções, parece semelhante pela possibilidade de crescimento exponencial também desses bens.

Esta revolução, que agora parece atrair o olhar mais atento do mundo globalizado não parece ser tanta novidade aos mais jovens de nossa sociedade, que já parecem estar programados para viver em uma realidade virtual a partir da possibilidade de personalização e customização de personagens nos mais diversos jogos virtuais, movimentando uma vasta quantidade de dinheiros nas indústrias de jogos digitais e conteúdos apenas disponíveis digitalmente.

Percebe-se, assim, que a ideia de um bem digital, uma propriedade que é inerente a uma realidade intangível, logo, dissociado da realidade física, e que, portanto, em algumas novas situações proporcionadas nessa nova realidade, esse apenas poderia ser negociado com terceiros dentro de uma plataforma inteiramente digital sem correspondência tangível, não causa tamanha estranheza aos mais novos de nossa sociedade.

Vislumbra-se assim uma possível mudança geracional na percepção da própria acumulação capitalista e do modo e meio em que esta deve-se efetivar. Isto porque, ao serem constantemente permeados por estas ideias, percebe-se dois fatores. O primeiro, de valorização dos ativos digitais em detrimento de uma realidade palpável. O segundo, e tão importante quanto, é a ideia dimensionar a própria imagem e a imagem de terceiros pelas opiniões e pelo comportamento nas redes sociais.

Outrossim, seja pela perspectiva existencial ou patrimonial, a revolução tecnológica implica em uma complexidade de relações sociais e jurídica que focalizam a atenção da sociedade. O ano de 2021, dessa forma, parece marcar essa superação da pandemia e a partir da conciliação pacífica entre a atualização e digitalização das relações interpessoais em escala global e a definição de novos padrões de consumo para incluir a necessidade de que novos bens, que pertencem apenas à realidade digital.

Assim, diante da ausência de regulamentação legislativa e jurídica, entende-se, a partir desse trabalho e de todo o estudo da bibliografia citada, que seria adequado e necessário o avanço e esforço doutrinário para melhor conceituação do que é um bem digital, assim como a classificação deste no ordenamento jurídico brasileiro e suas implicações no ramo da responsabilidade civil, que necessariamente afetará boa parte da população em pouquíssimo tempo.

Neste sentido, adota-se, em princípio, a concepção de bem como tudo aquilo que nos agrada, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 337), ou seja, tudo aquilo que é capaz de satisfazer nossas exigências e desejos, sendo bens jurídicos quando capazes de serem amparados pela ordem jurídica.

Em sequência, adota-se a distinção trazida por Silvio Rodrigues (2003), citado por Flávio Tartuce (2019, p. 333), que entendem que bem é espécie, dentro do gênero de coisa. Por consequência, a diferenciação se justifica uma vez que bens seriam coisas com interesse econômico ou jurídico a ser tutelado.

Quando essas coisas com interesse jurídico a ser tutelado são inseridas no meio tecnodigital, Bruno Zampier (2020, p. 95), apresenta uma nova categoria de bens. O Autor, nessa perspectiva, afirma que de bens possuem interesse jurídico, ao afetarem direitos da personalidade ou direitos econômicos, assim lecionados:

No ambiente virtual, tal qual no não virtual, há também que se falar em titularidades de direito de caráter nitidamente econômicos, com viés patrimonial, bem como outros ligados inteiramente aos direitos da personalidade, de natureza existencial. Por tal razão, acredita-se que seja adequada a construção de duas categorias de bens: os bens digitais patrimoniais e os bens digitais existenciais. Ressalta-se ainda que alguns destes bens poderão se apresentar com ambos os aspectos; patrimonial e existencial a um só tempo, numa natureza mista. (ZAMPIER, 2020, p. 95)

Visto isso, a primeira classificação que parece ser necessária é a que bem digital deve ser enquadrado como bem incorpóreo, por não possuir correspondência tangível na realidade física. Nesse sentido, a concepção tradicional indica que bens incorpóreos, imateriais ou intangíveis são "aqueles com existência abstrata e que não podem ser tocados pela pessoa humana". (TARTUCE, 2019, p. 334).

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 342) aponta sofisticada distinção que não deve se ater a um critério físico, podendo coisas incorpóreas abrangerem coisas tangíveis, como é o caso da herança. Ao ponto que seria necessário buscar o escopo mais remoto para entender qual seria a precisa conceituação de um objeto.

Consoante noção cedida, avança-se na discussão sobre o tema, identificando que o ponto fulcral, ou seja, o escopo mais remoto para identificação do bem digital para Pietro Perlingier (2008), citado por Bruno Zampier (2021, p. 54), é o entendimento que o bem digital é incorpóreo, pois consolida a ideia de informação com um bem jurídico tutelável.

Desse modo, ambos autores concordam que ao menos quatro características permitiriam que a informação seja considerada como bem jurídico, são essas: a possibilidade de ser objeto de relação jurídica; ter caráter patrimonial; conceber bens que possuam diversas possibilidades para que possam ser fruídos e, por fim, e mais importante, a possibilidade de sua tutela jurídica pelo ordenamento.

Vislumbra-se assim que a capacidade de que a informação seja objeto da tutela jurídica ao ser inserida no meio digital é requisito para que se possa identificar um bem digital. Dessa

forma, esse trabalho utiliza como referencial inicial a seguinte conceituação de bem digital formulado por Bruno Zampier (2021):

Esses ativos seriam aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico. (ZAMPIER, 2021, p. 63-64)

O conceito parece coerente com a nova realidade que está sendo proposta, a medida que permite a subdivisão de acordo com os aspectos econômicos ou da personalidade do sujeito de direito.

Para além da concepção de bem incorpóreo, parece necessário ainda que o conceito de fungibilidade seja tratado sob a perspectiva da realidade virtual. Nesse sentido, bens infungíveis poderiam ser entendidos como "aqueles que não podem ser substituídos por outros da mesma espécie, quantidade e qualidade". (TARTUCE, 2019, p. 337-338)

Tenha-se presente que, por mais que o direito, no decorrer dos séculos, tenha oferecido as respostas adequadas aos bens infungíveis e a responsabilidade civil decorrente dos danos causados, apresenta-se uma nova realidade, diretamente impactada pela volatilidade e especulação financeira em níveis nunca antes vistos. Aliado a isso, temos a criação de centenas ou milhares de bens infungíveis diariamente com a impossibilidade de aferir um preço exato e negociados em criptoativos cuja cotação também é variável.

Nesse cenário, sob a ótica patrimonialista, sem a devida regulamentação e segurança jurídica, e com a forte pressão para que novos contratos sejam firmados com essa imensidão de bens infungíveis digitais, torna-se necessário entender como seria possível compatibilizar o ordenamento jurídico com valores que não estão mais necessariamente presos aos valores de utilidade econômica, mas à mera força especulativa de mercado, sujeito ao risco de sofrer

violações por meio de novas tecnologias ainda desconhecidas e que poderão derrubar mercados e países em segundos.

1.2 Bens digitais patrimoniais

Por mais que o conceito de bem digital patrimonial possa ser intuitivo, adota-se a definição trabalhada por Bruno Zampier (2021, p. 78), definindo que seria uma informação, que ao ser inserida na rede, seria capaz de repercussões econômicas imediatas, dotando-se assim de economicidade.

O aprofundamento da matéria, nesse sentido, precisa de mais algumas conceituações. Assim, quanto aos bens patrimoniais, em primeiro, Bruno Zampier (2021, p. 78) ressalta que o ordenamento jurídico do Brasil aceita patrimônio como uma universalidade de direito, de forma a se diferenciar dos elementos que fazem parte de sua composição. Em síntese, ainda que cada bem possa ser objeto de relações jurídicas individuais, o patrimônio é considerado como uma universalidade, conforme será visto em capítulo posterior.

Ao mesmo tempo, o Autor ainda discorre sobre a necessidade de que os bens sejam interpretados a partir da perspectiva constitucional da ideia de propriedade. Ou seja, do reconhecimento de uma dicotomia estabelecida entre o dever de abstenção de terceiros a ser compatibilizado com o dever gerado ao proprietário quanto à concretização de sua função social.

Nesse sentido, adota-se a ideia de Flávio Tartuce (2021, p. 907) de função social confundindo-se com a concepção de propriedade para atender interesses sociais ou o bem comum, ou seja, a ideia de uma destinação positiva que deve ser dada ao bem.

Registre-se que, assim como a ideia de função da propriedade intelectual ou a função da empresa possa ter gerado certa repercussão antes da implementação, Bruno Zampier (2021, p. 88-89) enxerga que a concretização de uma função social dos bens digitais pode ser o caminho para a democratização ao acesso ao capital, cabendo à jurisprudência e doutrina a criação de um regime próprio para delimitar a aplicação casuística deste conceito.

Resume-se o pensamento nas palavras do Autor neste trecho infra:

O conceito de propriedade já não pode não pode mais ficar adstrito à análise das faculdades que a integram. Melhor seria visualizá-la como uma relação jurídica complexa que irá colocar em polos distintos o seu titular e a coletividade abstrata. Ao mesmo tempo em que esta deverá se abster das práticas de atos que possam vir de alguma forma a lesar o conteúdo do direito do proprietário, este terá também uma série de deveres a cumprir para que o exercício desse direito seja considerado legítimo, como, por exemplo, o adimplemento da função social. (ZAMPIER, 2021, p. 76)

É nesse sentido que se trata da hipótese aventada de que o bem digital patrimonial "deveria gozar das mesmas faculdades jurídicas existentes para a propriedade de roupagem tradicional, previstas no art. 1228 do Código Civil." (ZAMPIER, 2021, p. 80).

Isso implica dizer que seria possível além do uso e gozo dos bens digitais, a capacidade de dispor desse bem, seja onerosa ou gratuitamente, a terceiros, demandando regulamentação também em aspecto tributário, sob pena de que estes possam ser usados para crimes envolvendo ocultação de patrimônio.

Além disso, ainda é possível imaginar que os bens digitais possam ser objeto apenas da posse e seus efeitos, com deveres criados para manutenção e reintegração desta, ora, se admite-se a posse de direitos, que são bens incorpóreos, é possível também vislumbrar a possibilidade da posse de bens digitais.

Nessa toada, há ainda outro interessante e novo tópico que pode ser relacionado à concretização da função social, que é a possibilidade de comodato de bens digitais. Bruno Zampier (2021, p. 91) destaca as iniciativas de importantes personalidades brasileiras e estrangeiras ao ceder espaços em suas redes sociais para que para influenciadores negros pudessem aumentar a conscientização de seus nichos de seguidores digitais sobre a violência policial e racismo estrutural, após a repercussão gerada em 2021 com o brutal assassinato de um jovem negro por policiais nos Estados Unidos.

Dessa forma, ainda que ainda se encontre pendente uma maior regulamentação e jurisprudência efetiva sobre bens patrimoniais digitais, percebe-se que a mera existência desses bens já implica o reconhecimento da incidência do regramento da legislação civil constitucionalizada, seja a partir dos efeitos decorrentes da posse e propriedade, seja para reconhecer a necessidade de concretização da função social para a propriedade legítima.

1.3 Bens digitais existenciais

Em perspectiva semelhante aos bens patrimoniais, os bens existenciais também devem ser analisados sob a ótica da Constituição, em especial do princípio da dignidade humana. Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2003) citada por Bruno Zampier (2021, p. 97) identifica quatro postulados essenciais para a compreensão do substrato material desse princípio.

O primeiro abordado é o reconhecimento do sujeito moral da existência de outros semelhantes. Reconhecida a existência, passa-se a constatação que esses merecem respeito a sua integridade psicofísica, Em sequência ao respeito, entende-se que todos são dotados de vontade livre e da autodeterminação. E, por fim, deve-se reconhecer que todos fazem parte um mesmo grupo social, de forma que ninguém deve ser marginalizados deste grupo.

Por força desse princípio, Bruno Zampier (2021, p. 102-103) entende ser possível imaginar uma personalidade virtual. Trata-se assim da ideia de projeção na realidade virtual tanto, em primeiro, de uma personalidade jurídica, iniciada a partir do nascimento, como determina a teoria natalista, como, em segundo, dos direitos da personalidade, que podem anteceder ao nascimento.

Dessa forma, ao assumirmos a possibilidade de existência de uma personalidade virtual, entende-se que essa deve estar protegida pelo manto estabelecido pelo regramento do Código Civil e da Constituição Federal. Isso implica dizer que a personalidade virtual, tal qual a personalidade física, está abrangida pelos mesmos direitos da personalidade, quais sejam, o direito à honra, imagem, privacidade e imagem.

Isso, no entanto, não implica dizer que a identidade virtual de uma pessoa não deva estar abrangida por todos os demais elementos da personalidade, como o nome, ou, até mesmo, a ideia de um corpo virtual. De forma que a personalidade a ser manifestada na internet está protegida pelos mesmos princípios referentes à proteção na vida material.

Logo, assim como a proteção é dada na vida material e física, a reunião e exercício desses direitos da personalidade no mundo tecnodigital compõe a chamada identidade virtual para Bruno Zampier (2021, p. 110-111), ou seja, a manifestação da personalidade virtual a partir de bens digitais de natureza existencial.

A criação de um sistema de proteção desses direitos, no entanto, cria novos desafios, haja vista que se trata de uma disponibilização da imagem do usuário à um provedor para que seja possível criar um usuário dentro de uma rede. Para além dessa relação jurídica inicial, deve-se ainda tutelar a expressão do seu pensamento, para que a forma que essa é feita torne possível que o ordenamento jurídico tutele a honra deste usuário e de terceiros que possa a ser lesada. Por fim, ainda há necessidade de garantir a privacidade dos dados expostos, a ser tutelada a partir da delimitação da disposição de informações ao prévio conhecimento do usuário.

Vê-se, assim, que há, em primeiro uma relação jurídica formada entre o usuário e provedor, que pode atrair a responsabilidade de provedor ou do usuário por eventuais abusos de seus direitos. Em segundo, há a relação jurídica entre os usuários dessa rede, que devem respeitar os mesmos postulados da vida física, de forma que o mundo digital implica nas mesmas sanções e proteção do direito da personalidade dos usuários tradicionais à vida física.

Isto posto, feita essa contextualização, este trabalho adota a conceituação do que é um bem digital existencial, a ser entendido como o "conjunto de atributos extrapatrimoniais digitalizados ao longo do tempo" (ZAMPIER, 2021, p. 117). A concepção é valiosa a medida que entende a personalidade virtual como consequência da revolução tecnológica, atraindo o mesmo manto de proteção, porém, sob a perspectiva digitalizada. Assim, poderiam ser citados como exemplos fotos, vídeos, músicas, tudo aquilo que é capaz de agradar voltado à sua dignidade humana.

Essa consequência já é perceptível na realidade brasileira, de forma que a maior parte dos cidadãos já possuem diversos ativos digitais de natureza personalíssima, como fotos, vídeos, ou quaisquer outras informações apenas no mundo digital, sendo consequência da expressão da personalidade destes na realidade digital.

1.4 Bens digitais híbridos

Por fim, deve-se considerar que essa transição entre os anos de 2020 e 2021 ainda elevou exponencialmente o crescimento de novas personalidades digitais, que aliam a existência de atributos referentes à identidade virtual à capacidade de monetização e divulgação, de forma a obterem seu sustento diário a partir do repetitivo compartilhamento de suas rotinas. Trata-se de um novo perfil de usuário, um influenciador digital, que pretende usar sua identidade virtual para alcançar objetivos comerciais, firmar parcerias e, em síntese, utilizar dos atributos de sua identidade para gerar riqueza.

Para além disso, é necessário entender que a informação, como antes dito, é o ponto fulcral da existência desses novos bens digitais, de forma que quantos mais pessoas afetadas pela informação que o bem digital gera, maior a possibilidade de comercialização dessa identidade virtual.

Ademais, ainda deve-se considerar que os acervos de memórias estão sendo construídos no mundo virtual, de forma que as fotos e vídeos, que antes poderiam ser encontradas de forma tangível, hoje fazem parte de uma nuvem, com acesso do usuário e do provedor. Quando esses bens, a princípio existenciais, se dotam de economicidade, passam a ocupar um novo lugar, sendo enquadrados como bens que não são exclusivamente digitais e nem existenciais.

Vislumbra-se, portanto, a existência de bem híbridos, Bruno Zampier (2021, p. 117), desse modo, entende que esses não possam ser considerados apenas existenciais ou apenas patrimoniais, tratando de um verdadeiro meio termo ou uma zona cinzenta, porém, com uma tendência que esses possam prevalecer e que, cada vez mais, as informações disponibilizadas no mundo digital possam se dotar também de economicidade.

Sendo certo que vivemos em uma sociedade capitalista e que a tendência é que tentativa de auferir lucro com o exercício diário de suas funções, é possível imaginar que no futuro, os bens caminhem na direção desse modelo híbrido, a partir da valorização e monetização de perfis e contas e dos mais diversos bens digitais.

A tutela, dessa forma, seja de bens digitais patrimoniais, existenciais ou híbridos no Brasil ainda se encontra em nível de discussão bastante incipiente, sendo necessário que se recorra a outras leis para que possa se entender como os conceitos podem vir a ser aplicados pela jurisprudência e garantir a reparação dos atos lesivos.

Por consequência, no próximo capítulo, será estudada a base para esse sistema de proteção brasileiro, abordando as leis disponíveis e os caminhos para uma melhor regulamentação.

2. BASE NORMATIVA PARA OS BENS DIGITAIS NO BRASIL.

2.1 Ordenamento jurídico brasileiro.

O posicionamento do Brasil na divisão internacional do trabalho e na capacidade de produção tecnológica de ponta em perspectiva global, coloca o ordenamento jurídico e legislativo brasileiro em uma tendência a acompanhar as legislações de países que despontam como grandes potências tecnológicas, adaptando-as para realidade social e jurídica experimentada no Brasil.

Ainda assim, deve-se considerar que a regulamentação dos bens digitais é assunto novo tanto em perspectiva internacional quanto nacional. De forma que ainda os parâmetros a serem analisados ainda não estão devidamente legislados, o que corrobora as conclusões desse trabalho pela necessidade de regulamentação e estabelecimento de um sistema de proteção e regulamentação dos bens digitais.

Esse capítulo, portanto, foi destinado à tarefa de identificar a legislação existente no Brasil que possa socorrer o aplicador do direito ao tema, analisando seus pontos benéficos e pontos de discussão doutrinários. Ademais, serão identificadas as propostas legislativas dos países que se encontram nos núcleos tecnológicos mundiais e que poderão servir de base estrutural para a regulamentação no Brasil.

Por fim, com base nos institutos que existem e que os projetos internacionais, serão tecidos comentários sobre o modelo desse sistema a ser implementado no Brasil e as possíveis soluções a serem encontrada pelo juízo de ponderação e a hermenêutica constitucional a serem exercidos pelo judiciário enquanto essa regulamentação não se concretiza.

2.2 Marco civil da Internet

A Lei 12.965 de 23 de abril de 2014 estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, sendo assim chamada de o Marco Civil da Internet. Em sede do artigo 3^o, estão estabelecidos alguns princípios basilares do uso da internet, entre eles, dá-se especial destaque à preservação da privacidade, da responsabilização dos agentes por danos e da liberdade dos negócios estabelecidos pela internet.

Em perspectiva semelhante, o Art. 7^o da referida lei² pauta o terreno para a realidade virtual, ao estabelecer como condição para o pleno exercício da cidadania o acesso à internet, novamente ressaltando a privacidade dos dados e informações tratados na internet.

Dessa forma, a interpretação constitucional do Marco Civil da Internet, que permite a aplicação dos demais princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro por força do disposto no artigo 6^o da lei³ permite o início da discussão. Vê-se, assim que há uma base quanto à privacidade, direito da personalidade essencial à constituição da identidade virtual, fomentando a discussão sobre o mundo digital.

No entanto, a análise mais apura indica que ainda se encontra pendente uma melhor regulamentação sobre a conceituação das consequência do mundo tecnológico, ou seja, o aplicador ainda não havia conseguido alcançar a possibilidade de existência de bens digitais,

¹ BRASIL. Marco Civil da Internet (L 12.965 de 2014). Art. 3^o A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios (...) II - proteção da privacidade.; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.

² Idem. Art. 7^o 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.

³ Idem . Art. 6^o 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.

seja na perspectiva, patrimonial ou existencial, restringindo-se a replicação de conceitos genéricos que não permitem a adequada solução das lides.

Insta salientar, que foi inserido na Seção III da referida lei a possibilidade de responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. A princípio, foi retirada a responsabilidade do provedor de internet pelos danos gerados por terceiros, a menos que haja prévia determinação judicial específica sobre o tipo de censura ou exclusão de informações, conforme disciplinado pelos artigos 18 e 19 da Lei⁴.

No entanto, analisando o referido dispositivo à luz da constituição, é possível o entendimento que a literalidade do texto não se coaduna com o texto constitucional, descartando a referida hipótese de necessidade de comando judicial, sendo necessária apenas a prévia notificação do provedor. Neste sentido, Cíntia Lima; Emanuele Moraes e Kelvin Peroli (2020) lecionam que:

No entanto, a doutrina diverge quanto a tal posicionamento, com destaque para o que Anderson Schreiber que, para a "salvação" do art. 19 do MCI, deve-se interpretá-lo conforme o Art. 5º, inc. X da CF/88 para dispensar a ordem judicial específica, sendo suficiente a mera notificação sempre que o conteúdo for ofensivo a direitos da personalidade. Ademais, sendo clara a relação de consumo, pois a remuneração pode ser direta ou indireta, como já reconhecido pelo STJ, aplica-se o CDC que estabelece a reponsabilidade objetiva e solidária do fornecedor (art. 12). Portanto, não poderia o MCI contraria o CDC que tem *status* constitucional, ignorando a harmonia e coordenação entre as normas do ordenamento jurídico. (LIMA; MORAES; KELVIN, 2020, p. 151)

Em sequência, o Art. 20⁵ ainda estabelece importante dever ao provedor de acesso, determinando uma das bases sob a qual o sistema deve se pautar, que é o dever de informação

⁴ Idem. Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

⁵ Idem. Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos

sobre qualquer restrição de acesso à informações, com a permissão do contraditório e da ampla defesa em juízo.

Percebe-se que o legislador definiu limites a atuação do provedor, impondo que a restrição de informações de um usuário, ou seja, a restrição ao exercício da personalidade digital de uma pessoa, ainda que justificada por determinação judicial ou prévia notificação pelo titular do direito lesado, precede e deve se pautar a partir da prestação informação clara e objetiva ao indivíduo que está sendo sofrendo esta restrição.

O cometimento de eventual violação à direito de outrem, desse modo, não permite que esse se veja retirado do seu direito à comunicação adequada sobre o ocorrido. Cria-se assim uma barreira contra eventuais lesões e uso discricionário da liberdade dos provedores para excluir informações. Trata-se, assim, de uma forma de garantir a ampla defesa contra uma possível resposta posterior e um tratamento digno também aquele que supostamente cometeu uma infração aos direitos de outrem.

Identifica-se, dessa forma, que a lei, ao tempo de sua edição, dava especial importância aos provedores de acesso e a relação bilateral destes com seus usuários, tendo uma perspectiva ainda incipiente sobre a complexidade das relações entre terceiros e dos papéis a serem desempenhados nessa nova realidade.

Nesse sentido, Flávio Tartuce (2021, p. 1440) entende que a lei dá tratamento especial aos provedores de acesso, haja vista que retira a reponsabilidade civil por seus atos, imputando responsabilidade apenas àqueles que causaram alguma lesão. Ao mesmo tempo, entende que a lei também não logrou êxito em estimular a discussão sobre como deve ocorrer o juízo de ponderação nas informações divulgadas na internet. O autor assim leciona que:

à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

A responsabilização civil, portanto, retirada dos provedores, recai sobre aqueles que fazem as postagens na internet, ou sobre as pessoas que as compartilham, conforme ainda será aqui desenvolvido. Nota-se, ademais, que o Marco Civil da Internet acabou por afastar maiores debates a respeito da aplicação da técnica da ponderação dos direitos no caso concreto, como ocorre nas demais situações relativas à divulgação das informações aqui estudadas, envolvendo a imprensa. (TARTUCE, 2021, p.1440)

Aponta ainda que essa excessiva proteção aos interesses dos provedores de excesso, acaba por lesar aos direitos das vítimas a medida que a liberdade de expressão deve-se compatibilizar com os demais direitos da personalidade.

[...] o panorama jurídico geral a respeito do sistema trazido pelo Marco Civil da internet, e pela interpretação que se faz dessa lei, é de amparo aos interesses dos provedores, sob o argumento de tutela constitucional da liberdade de pensamento e expressão. Trata-se, na minha opinião doutrinária, de um falso argumento, o que acaba por representar mais um descuido com os direitos das vítimas e que pode conduzir a injustiças, com o devido respeito. Relembro, a propósito, o conteúdo do enunciado doutrinário aprovado na VIII Jornada de Direito Civil, em 2018, segundo o qual a liberdade de expressão não goza de posição preferencial em relação aos direitos da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro (Enunciado n. 613). (TARTUCE, 2021, p. 1447)

Consoante noção cedida, entende-se que a lei ainda parece influenciada pelo grande capital, permitindo uma interpretação ainda incipiente sobre o papel dos provedores em uma escala digital, furtando-se assim do debate mais complexo que parece ser trazido a partir da existência de bens digitais.

Vislumbra-se assim que, por mais que os princípios que regem a devida lei auxiliem na criação desse sistema, essa ainda necessita de constante atualização e redimensionamento do papel da internet no país. De modo que o direito das vítimas deve ser levado em consideração, considerando que o rápido avanço proporcionado pelas redes sociais ultrapassa a posição do homem médio da mera relação entre consumidor e prestadora de serviço de fornecimento de internet, para efetivamente regular uma infinidade de teias jurídicas complexas entre os terceiros em uma nova realidade completamente digital.

Logo, entende-se que o Marco Civil da Internet pode auxiliar nas bases da criação de um sistema de proteção e regulação dos bens digitais, haja vista que se trata de um marco inicial e

que o artigo 28⁶ dessa lei dispõe, em sentido genérico, que o Estado deve estabelecer estratégias para o desenvolvimento da internet no País, sendo esse a ser concretizado pela constante atualização dos regramentos e proteção da privacidade e propriedade dos bens digitais.

2.3 Lei Geral de Proteção de dados

A lei 13.709 de 2018 denominada de Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, determina em seu primeiro artigo que disporá sobre o tratamento de dados pessoais para proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e livre desenvolvimento da personalidade nos meios digitais.

Nesse sentido, percebe-se que o Marco Civil da Internet deixou em aberto diversas artigos para que pudessem ser regulamentados por esta lei específica posterior. Em acordo ao que vem sendo discutido, esse diploma encontra inspiração no Brasil no Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, tendo alterações, mas mantendo o foco, também estabelecido pelo Marco Civil, de proteção e respeito à privacidade.

Neste ponto, apontam Cíntia Lima; Emanuele Moraes e Kelvin Peroli (2020, p.152) que a existência de um sistema, que seja rápido e eficaz, para ressarcimento de danos aos titulares é um requisito para que empresas brasileiras possam tratar de dados de europeus, conforme previsão específica da legislação específica daquela zona.

Em sequência, no artigo quinto, a Lei traz importantes conceitos sobre dados pessoais, titularidade, controlador e operador de dados, porém, por não se encontrar restrita ao meio digital, inicia uma grande discussão sobre o futuro a partir da necessidade de estabelecimento

⁶BRASIL. Marco Civil da Internet (L 12.965 de 2014). Art. 28. O Estado deve, periodicamente, formular e fomentar estudos, bem como fixar metas, estratégias, planos e cronogramas, referentes ao uso e desenvolvimento da internet no País.

de transparência e responsabilização⁷, princípios basilares para que seja possível delimitar a influência de terceiros nas informações que são disponibilizadas no meio virtual.

No artigo 18 é ainda estabelecida o direito do titular dos dados de obter daquele que os controla uma série de prerrogativas, como a correção de dados incorretos e eliminação de dados desnecessários⁸, outros princípios essenciais a ideia de um bem digital, de forma que, se a manutenção de uma personalidade digital está condicionada a um prévio cadastro que, possivelmente, poderá ser de acesso público, este deve representar fidedignamente a realidade do titular dos dados, devendo possuir mecanismos para que isso seja facilitado e obrigar os controladores à adoção de medidas cabíveis.

Por fim, o artigo 17 sintetiza que as pessoas naturais devem ter protegidos seus direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade. É necessário, assim, o entendimento dado pela Lei Geral de Proteção de Dados, assemelhando-se assim da perspectiva da legislação consumerista ao compreender o desequilíbrio econômico e informacional entre o titular e o controlador dos dados.

De fato, dentro do ordenamento jurídico brasileiro em que o capital ainda delimita a efetivação das pretensões em nível judicial, a criação de medidas protetivas e a busca pela igualdade real entre os atores das relações jurídicas em um mundo virtual, torna-se extremamente importante para o estabelecimento de um sistema que permita a inclusão de todos. Nesse sentido, Cíntia Lima; Emanuele Moraes e Kelvin Peroli (2020), resumem essa necessidade:

⁷ BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados. (L. 13.709 de 2018). Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: (...) VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas

⁸ Idem. Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição: (...) III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados; IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei.

Quando se analisa os preceitos normativos da LGPD, observa-se que o legislador tratou o titular de dados pessoais de forma diferente, se comparado aos agentes de tratamento de dados, reconhecendo a vulnerabilidade dos titulares de dados pessoais, que estão sujeitos ao tratamento de dados pessoais no contexto da atual sociedade informacional caracterizada na introdução deste estudo. Assim, a LGPD estabelece medidas protetivas que visam reestabelecer o equilíbrio entre as partes, à semelhança do que se extrai da legislação consumerista, primando pelo princípio da igualdade real. (LIMA; MORAES; KELVIN, 2020, p. 155)

Ainda sobre a correlação deste diploma com a legislação consumerista, adota-se a ideia trazida por estes pensadores que o sistema de responsabilidade civil estabelecido pela lei se assemelha ao regramento da responsabilidade objetiva, ainda que parte da doutrina ainda analise que o tema é controvertido.

Neste ponto, dentro de uma tendência de objetivação da responsabilidade civil, em que se avança na devida responsabilização, em detrimento da busca por culpados, percebe-se que a responsabilidade objetiva também é uma tendência para que seja possível a efetivação da tutela de bens digitais, quando estes forem lesados.

Neste ponto, Cíntia Lima; Emanuele Moraes e Kelvin Peroli (2020), lecionam que:

Verificou-se, em um primeiro momento, que a estrutura das normas de responsabilidade civil da LGPD é espelhada na estrutura do CDC, o que leva ao primeiro indício de que a responsabilidade civil seria objetiva. Aprofundando o estudo, enfatizou-se que o legislador, expressamente, trouxe as causas de excludentes de responsabilidade civil, instituto utilizado na responsabilidade objetiva, não cabendo, então, a aplicação do instituto da culpa para a quebra do nexo causal da responsabilidade. (LIMA; MORAES; KELVIN, 2020, p. 158)

Em síntese, a referida Lei trata de importante avanço no passo de regulamentação da informação no Brasil, em especial no âmbito de regular a privacidade de dados pessoais, importante direito personalíssimo.

Dessa forma, a lei auxilia a projeção de um sistema de proteção e regulamentação, haja vista que a segurança dos dados é fator essencial para qualquer avanço tecnológico, principalmente considerando a quantidade de tecnologias nocivas para roubo de dados e perfis online. A estrutura dessa também parece interessante por estabelecer prazos para adequação das empresas e comissões para analisar o progresso, além de autoridade responsável pela fiscalização, atraindo possível responsabilização e deveres à figura do estado.

De forma semelhante às conclusões trazidas no tópico anterior, este diploma normativo não substitui a existência de maior regulamentação e nem esgota os conceitos que ainda devem ser delimitados referente aos bens digitais, mas exterioriza diversos conceitos importantes quando a proteção da vida privada e auxilia na implantação de sistemas mais rígidos do ponto de vista regulatório sobre as informações disponibilizadas na internet.

Ante o exposto, conclui-se que há base para a construção de referido sistema com base no Marco Civil da Internet e na Lei Geral de Proteção de Dados e nos princípios emanados pela Constituição Federal que necessariamente permearão a seara de qualquer legislação aplicável sobre o mundo digital. Em uma estrutura legislativa incipiente como é a brasileira, os avanços quanto à regulamentação do mundo virtual promovidos por essas legislações servirão de base para construção de um novo sistema.

2.4 Da questão sucessória e da admissibilidade da herança digital

Feitos tais esclarecimentos, é evidente que o reconhecimento da existência de bens digitais, implica, por consequência, na discussão sobre a possibilidade e viabilidade de sucessão. Nesse sentido, parece certo de que bens digitais exclusivamente patrimoniais devem ser regrados pelo regime sucessório definido pelo Código Civil.

Ora, se em vida o indivíduo acumulou dezenas de bens, como, por exemplo, criptoativos, propriedades digitais ou até mesmo milhas aéreas, não teria coerência de que, após morrer, todo

esse patrimônio que em vida foi afetado e deslocado do gozo do núcleo familiar para criação de patrimônio digital não pudesse ser usufruído por aqueles que o sucederem, não podendo assim ser convalida a possibilidade de perda em favor de grandes corporações/provedores que controlam esses mercados e patrimônios.

O problema, portanto, parece estar restrito aos bens digitais existenciais e híbridos. Neste ponto, rememora-se que os bens híbridos, ou seja, tanto patrimoniais como existenciais, devem se tornar uma tendência nos próximos anos, a medida que já é possível obter coleções de arte, músicas, vídeos que têm valor econômico aferível e em que foram destinados grande quantidade de patrimônio e tempo para a formação.

Nessa toada, Flávio Tartuce (2021, p. 1401) entende que, por mais que a personalidade termine com a morte, o ordenamento jurídico já reconhece a possibilidade de tutela de interesses jurídicos referentes à personalidade, mesmo após a morte do indivíduo. Neste ponto, destaca:

[...] correta a conclusão segundo a qual a personalidade termina com a morte, o que é retirado do art. 6º do Código Civil. Todavia, após a morte da pessoa restam *resquícios* de sua personalidade, que podem ser protegidos pelos citados *lesados indiretos*. Assim, havendo lesão aos direitos da personalidade do morto, estão presente danos diretos- aos familiares- e também dano indiretos ou em ricochete- que atingem o morto e repercutem naqueles que a lei considera legitimados.(TARTUCE, 2021, p. 1401)

Ao passo que se torna necessária a discussão trazida por Bruno Zampier (2021, p. 135-136) sobre o direito à privacidade *post mortem*, regulando a relação dos bens digitais sobre a privacidade das informações do falecido em redes sociais, e-mails ou qualquer que seja a plataforma, assim como dos terceiros que tiveram algum tipo de contato em vida com esta pessoa.

Nesse ponto, considerando que as redes sociais já existem faz algum tempo e que são trocadas inúmeras informações privadas durante toda a existência virtual, como mensagens, fotos, vídeos e outros documentos, é necessário que sejam tecidos alguns comentários. Ainda

que haja a necessidade de garantir a privacidade, o ordenamento jurídico não pode se furtar a garantir algum tipo de amparo aos familiares de uma pessoa falecida em momento tão difícil.

Sobre isso, Livia Leal (2018, p.187-188) inicia a discussão sobre os problemas identificados com a transmissão de contas em redes sociais aos sucessores, destacando a existência da privacidade do falecido e de terceiros:

Contudo, não é difícil de se identificar os problemas dessas propostas iniciais, sobretudo no que se refere à proteção do direito à privacidade. Em primeiro lugar, é desconsiderada a proteção do direito à privacidade dos terceiros que se comunicaram com o usuário falecido por meio de conversas privadas, e que teriam suas mensagens também devassadas pelo acesso dos herdeiros. Em segundo lugar, também haveria a violação da privacidade e da intimidade da pessoa falecida, que teria informações suas acessadas irrestritamente pelos familiares. (LEAL, 2018, p. 187)

A autora, assim, em um primeiro momento, parece estar alinhada com a existência do direito à privacidade mesmo após a morte, argumentação usualmente defendida pelos principais provedores de conteúdo em negativas administrativas sobre os pleitos familiares, lecionando que:

Com efeito, deve ser superada a análise puramente estrutural e setorial da personalidade, pela qual se busca a sua proteção em termos apenas negativos, no sentido de repelir eventuais violações, técnica esta derivada do direito de propriedade, para que se considere tanto seu viés subjetivo, como capacidade para ser sujeito de direitos, como seu viés objetivo, como bem juridicamente relevante, merecedor de tutela jurídica. Sob essa ótica, portanto, mesmo após a morte do titular, a personalidade, considerada valor, ainda pode ser objeto de tutela no ordenamento jurídico. (LEAL, 2018, p. 193)

Sendo assim, é necessário esclarecer que Livia Leal (2018, p. 187) entende sobre duas perspectivas. A primeira, quando os bens são dotados de economicidade, ou seja, podem ser vistos sob a perspectiva patrimonialista, deve ser procedida a sucessão, diante da necessidade de preservar o patrimônio do núcleo familiar e não permitir o perdimento em favor de terceiros.

A segunda perspectiva, sob o viés existencialista, defende que a regra, quanto aos bens deve ser pelo respeito à privacidade. O direito, porém, é instado sobre situações especiais e que suas especificidades podem alterar ou relativizar esse direito à privacidade do falecido. Neste sentido, a Autora destaca:

Caso a página ou conta esteja vinculada à exploração de determinada atividade econômica, ou seja, vinculada a transações financeiras, é admissível o tratamento baseado na transferência patrimonial, em decorrência do caráter de tal aplicação. Já as contas que se refiram a conteúdos privados, como de e-mails ou de aplicativos de conversas privadas, não devem ser devassadas como regra, na medida em que há um interesse na tutela da privacidade da pessoa falecida, que se opera mesmo em face dos familiares. Apenas em situações excepcionalíssimas, em que outro interesse existencial se coloque em situação de preponderância, é que será possível autorizar o acesso a esses conteúdos privados. (LEAL, 2018, p. 196)

A problemática, portanto, seria o estabelecimento de critérios objetivos que determinem a viabilidade da sucessão de bens existenciais, sob pena de se deixar ao arbítrio do juiz a aferição de qual sofrimento de familiares justificaria a concessão. Neste ponto, é evidente que a dor experimentada pela morte de um parente é imensurável e qualquer que seja a possibilidade de guardar essa memória deve ser interessante aos familiares, por vezes, até mais do que os bens patrimoniais digitais ou físicos deixados pelo falecido.

Nesse ponto, Bruno Zampier (2021, p. 71) ressalta a existência de iniciativas de redes sociais, que, a partir de uma combinação algorítmica e com prévia anuência de seus usuários, buscam a replicação de uma personalidade digital que possa continuar postando coisas como se fosse o titular. Assim, é exemplificado, como hipótese, a ideia de um torcedor fanático que constantemente publica suas opiniões sobre o time, que, mesmo após morrer, pudesse, a partir dessa combinação de algoritmos, a partir de uma inteligência artificial, realizar um post comemorando um título.

Trata-se assim, de um necessário avanço que precisa ser discutido. A mera negativa de acesso de dados aos familiares, seguindo respeito à privacidade do falecido, ainda que inicialmente se mostre correta, também demonstra despreço sobre as possibilidades

tecnológicas que estão já presentes na sociedade para encontrar soluções viáveis para acesso aos dados. O direito não pode apenas legitimar a perda desses bens e não cobrar ao mesmo tempo que soluções, caso viáveis, sejam desenvolvidas.

Entendendo a possibilidade de soluções tecnológicas para a preservação da identidade virtual após a morte, o núcleo da discussão é transposto da existência da privacidade digital após a morte para a validação de soluções em vida para respeito ou disposição dessa privacidade após a morte.

Rememora-se aqui que o ordenamento jurídico brasileiro segue o princípio da instrumentalidade das formas para as disposições de última vontade, viabilizando o prevalecimento da última vontade à maior quantidade de pessoas de diversos nichos culturais e econômicos. No entanto, não basta a simples disposição normativa, de modo que o brasileiro, no futuro, também deve efetivamente se conscientizar sobre a necessidade de dispor sobre a sua última vontade sobre seus bens digitais.

Isso porque, a prévia ciência e concordância do usuário para a possibilidade de transmissão ou até mesmo da escolha para quem deseja transmitir seus bens existenciais ou híbrido parece elemento essencial.

Neste ponto, Bruno Zampier (2021, p. 177-178) entende que seja possível ao menos seis opções quanto à correta destinação de bens digitais: (i) a possibilidade de ser transformada em um memorial; (ii) a exclusão total após a morte; (iii) o congelamento sem acesso; (iv) a cessão do controle a um terceiro determinado com termos pré-determinados; (v) permissão total aos familiares e (vi) permissão a terceiros sem possibilidade de qualquer modificação.

Ressalva-se, porém, que o conteúdo de conversas, e-mails ou qualquer outro tipo de informação que envolva direitos e a privacidade de terceiros, prescindiria de uma prévia ciência e concordância também destes para que os sucessores do falecido pudessem ter acesso. Como

tal realidade parece ser impossível, Bruno Zampier (2021, p.180) ainda destaca algumas iniciativas como o contrato de herdeiro do Facebook em que o falecido poderia ter acesso apenas parcial à conta, sem acesso a conversas de terceiros, para apenas gerenciar um perfil tipo memorial.

Isto posto, ainda que a discussão sobre a regulamentação ainda precise de esforço legislativo e doutrinário, a ponderação do judiciário, a implementação de novas tecnologias e a criação de mecanismos para prévia ciência e concordância parecem apontar um caminho melhor que o atual para a destinação destes bens existências, viabilizando algum tipo de acesso de parte deste acervo de informações aos familiares, desde que não afete os direitos de terceiros e que o usuário tenha expressamente concordado com essa previsão.

Revela dizer que essa questão já está chegando ao judiciário brasileiro, de modo que é possível identificar que este está se mantendo alinhado aos posicionamentos doutrinários aqui expostos, defendendo a possibilidade de transmissão apenas quando identificado o caráter patrimonial do bem digital.

Assim, o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme ementa abaixo transcrita, entendeu que não ficava caracterizando arbitrariedade na exclusão após a morte de perfis. De forma que, caso seja inexistente manifestação de vontade do titular neste particular, devem sobressair os termos de uso dos sites.

ACÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – EXCLUSÃO DE PERFIL DA FILHA DA AUTORA DE REDE SOCIAL (FACEBOOK) APÓS SUA MORTE – QUESTÃO DISCIPLINADA PELOS TERMOS DE USO DA PLATAFORMA, AOS QUAIS A USUÁRIA ADERIU EM VIDA – TERMOS DE SERVIÇO QUE NÃO PADECEM DE QUALQUER ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NOS PONTOS ANALISADOS – POSSIBILIDADE DO USUÁRIO OPTAR PELO APAGAMENTO DOS DADOS OU POR TRANSFORMAR O PERFIL EM "MEMORIAL", TRANSMITINDO OU NÃO A SUA GESTÃO A TERCEIROS – INVIABILIDADE, CONTUDO, DE MANUTENÇÃO DO ACESSO REGULAR PELOS FAMILIARES ATRAVÉS DE USUÁRIO E SENHA DA TITULAR FALECIDA, POIS A HIPÓTESE É VEDADA PELA PLATAFORMA – DIREITO PERSONALÍSSIMO DO USUÁRIO, NÃO SE TRANSMITINDO POR HERANÇA

NO CASO DOS AUTOS, EIS QUE AUSENTE QUALQUER CONTEÚDO PATRIMONIAL DELE ORIUNDO – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDUTA DA APELADA A ENSEJAR RESPONSABILIZAÇÃO OU DANO MORAL INDENIZÁVEL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP - AC: 11196886620198260100 SP 1119688-66.2019.8.26.0100, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 09/03/2021, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2021)

A discussão, ainda que alinhada com o posicionamento doutrinário, ainda precede maior regulamentação para dar o fim correto a essas inúmeras redes sociais, possibilitando a divisão tratada neste capítulo de ao menos parte do acervo digital e a criação de novos mecanismos para facilitar disposições de última vontade sobre o que pretende fazer após a conta ser finalizada.

Considerando o avanço da tecnologia e a criação de novos softwares que criam as mais diversas tecnologias, é possível imaginar a afetação de ao menos parte desses bens digitais existenciais para suprir essa demanda que vem sendo manifestada por familiares de falecidos.

Percebe-se assim a possibilidade de que seja superada a mera argumentação destes provedores de que foi assinado termo de consentimento ao tempo da criação, onde tratava expressamente que a conta seria encerrada após a morte, sendo certo que há vulnerabilidade do usuários ao assinar esse termo e que muitas vezes não tem ciência de todos os termos que estão ali sendo discutidos.

O caminho que parece mais adequado, portanto, parece ser o apontado pela inclusão de espécies de testamentos digitais, onde cada usuário indica desde a criação a correta destinação da conta após seu falecimento. Isso não implica dizer na necessidade de transmissão, apenas na disposição de última vontade, ou seja, deve-se ter sempre a possibilidade de ser facultado ao usuário que possa extinguir sua conta após sua morte.

Somente assim, será possível garantir a tutela jurisdicional adequada a esses bens digitais e a garantia do preavalecimento da efetiva disposição de última vontade dos usuários.

Isto posto, será analisado em sede do próximo tópico as iniciativas de outros países que já se encontram em situações legislativas e regulatória mais avançadas quanto a destinação e existência de bens digitais

2.5 Iniciativa estadunidense e alemã para regulamentação.

Feitas tais considerações sobre o ordenamento jurídico brasileiro e os tratamentos dados aos bens digitais, é possível avançar para as iniciativas promovidas internacionalmente para regulamentação.

Há assim alguns preceitos que são comuns aos projetos de leis. O primeiro é um esforço pela transparência nas negociações. Essa transparência, dentro de uma sociedade civilizada seria alcançada a partir do licenciamento e registro de desenvolvedores e provedores de acesso em bases que o Estado possa exercer alguma autoridade, controle e ciência, imputando-lhe não a chave para o negócio, mas a capacidade de coexistência pacífica com a iniciativa privada.

Extraí-se assim que, quantos aos bens digitais, alguns princípios emanam das legislações alienígenas como o prévio cadastro de provedores e desenvolvedores, assim como uma postura colaborativa dos usuários com as devidas agências regulatórias para regulação e para fins tributários, bases sob a quais quaisquer sistema deve se pautar.

Quanto aos bens existenciais ou híbridos, a existência e avanço das redes sociais proporcionou que a discussão sobre a existência e consolidação como bem, assim como a possibilidade de sucessão fosse mais amplamente discutida na última década.

Nos Estados Unidos, conforme alinhado por Bruno Zampier (2021, p. 211-212), a Comissão de Uniformização de Leis (*Uniform Law Commission-ULC*) elaborou proposta

legislativa desde 2014 chamada *Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* que poderia ser traduzida livremente como Lei de Uniformização do acesso de fiduciários aos ativos digitais, visa estabelecer parâmetros para que os Estados federados estadunidense possam aprimorar suas legislações permitindo a conceituação e sucessão de bens digitais, após a morte dos usuários.

Conforme lecionado por Bruno Zampier (2021, p. 216-128), o projeto inicial legislativo tratou de esforço legislativo para solucionar as questões apontadas no tópico anterior, como o ordenamento jurídico seria capaz de compatibilizar a o direito à privacidade dos falecidos com o a possibilidade de acesso dos herdeiros aos seus bens digitais pós-morte. Insta salientar, que a legislação inicialmente foi toda pautada pela ideia de prevalência da autonomia privada, impondo o dever de que o provedor garanta o acesso aos herdeiros no prazo de até sessenta dias, após o pedido.

Outro interessante ponto que constava na primeira minuta do projeto é a impossibilidade de estabelecimento de termos e condições que pré-estabeleçam a disposição de direitos sucessórios pelo provedor, assim descrito:

Haverá a nulidade se o termo elaborado por um provedor trazer a previsão de proibição de acesso aos ativos digitais por um *fiduciary*, por ser tal disposição contrárias às normas de ordem pública. Tal disposição segue a linha traçada pelo legislador brasileiro, inclusive, já que serão reputadas como nulas as cláusulas que impliquem abdicação antecipada de direitos no âmbito de contratos de adesão (art. 424, CC, e art.51, CDC).(ZAMPIER, 2021, p. 218)

O debate realizado pela sociedade estadunidense, no entanto, escancarou diversas preocupações quanto ao direito à privacidade dos usuários, ensejando complexa reforma desse projeto de lei para adequar às pretensões da sociedade.

Ficou estabelecido, assim que, as comunicações eletrônicas, ponto fulcral de qualquer discussão sobre bens digitais, devem possuir regime próprio para regulação, de forma que a

regra seria invertida, a ideia de que "Fica proibido o acesso, salvo se a pessoa morta, em vida, houvesse permitido tal ato, ampliando-se sobremaneira o papel da vontade na regulação do tema proposto." (ZAMPIER, 2021, p. 2021).

Para além das comunicações digitais, ou em melhores termos, para bens digitais que não envolvam diretamente informações de terceiros, seriam estabelecidos critérios de forma a compatibilizar a autonomia privada com os termos de acesso fornecidos pelos provedores. Sabendo que esses tipos de legislações são pautadas também para atender os interesses dos provedores, é estabelecido um critério dividido em três partes.

Bruno Zampier (2021, p. 220-222) assim explica que o primeiro é que há prevalência de qualquer vontade manifestada *online* à qualquer vontade *offline*, evitando contradições perante os provedores, ou seja, se o usuário manifestou perante o provedor uma vontade, ainda que a tenha reformado posteriormente por via física em algum documento, prevalece a vontade manifestada diretamente ao provedor.

O segundo seria a prevalência da manifestação de vontade dos usuários sobre qualquer termo de condições impostos pelo provedor, sendo livre a forma para essa manifestação. E, o último, seria, no silêncio do usuário, a prevalência do termo. Vê-se, assim, que há formas de compatibilizar a disposição de última vontade com critérios que também não imponham deveres excessivos aos provedores, criando soluções adequadas à ambas partes da relação jurídica.

No entanto, no Brasil, por decorrência da relação de consumo e do dever de informação, é possível identificar alguns problemas com esse modelo que dependeria do estabelecimento de um modelo efetivo que informasse o usuário dessas condições de forma didática e que permitisse, a todo e qualquer momento, que fosse possível alterar a vontade dentro da rede, sendo necessário maior esforço didático e informacional aos provedores para garantir o acesso aos usuários.

Outra alteração realizada nessa revisão da proposta, conforme apontado por Bruno Zampier (2021, p. 223) foi a divisão da concessão do acesso em três etapas possíveis, quais sejam, o acesso direto à conta; o acesso apenas parcial, devendo esse ser suficiente para alcançar o fim pretendido; e, por fim, a retirada de todas as informações e criação de um novo perfil.

Trata-se assim das três possibilidades possíveis para destinação, corroborando os argumentos de que são possíveis soluções a baixo custo que viabilizem a efetivação e diminuição do sofrimento dos familiares do falecido, apenas pela divisão, com prévia ciência do usuário, sobre o que será disposto após a sua morte.

Ressalta-se que o autor ainda aponta que esse projeto prevê a possibilidade de taxas que podem ser cobradas pelo provedor, a depender da complexidade do trabalho propostos, devendo guardar razoabilidade.

Nesse sentido, o esforço legislativo parece ter encontrado resultado, tendo quarenta e seis dos cinquenta estados norte-americanos promulgado leis nesse período, ressaltando também o dever imputado aos terceiros sobre a cuidado, lealdade e confidencialidade, decorrentes do princípio da boa-fé objetiva, para as informações ali disponibilizadas.

Em perspectiva semelhante, ao analisar a jurisprudência que vem sendo perfilhada pelo ordenamento jurídico Alemão, conforme artigo escrito por Karina Nunes Fritz e Laura Schertel Mendes (2019), citado por Bruno Zampier (2021, p.235) que analisam importante e central caso de julgamento realizado na Alemanha sobre a sucessão de perfil de jovem que se suicidou.

Nesse ponto, o Autor identifica diversos princípios que podem ser correlacionados a realidade jurídica do ordenamento brasileiro, como a configuração de abusividade e nulidade de cláusulas por privarem o titular de um direito próprio da natureza do contrato, nesse sentido aponta que

Primeiramente, reconheceu-se que os contratos existentes entre os titulares e os provedores de conteúdo têm natureza obrigacional, razão pela qual deve ser possível a transmissão da posição contratual post mortem e, ainda, uma verificação pelo Poder Judiciário da validade de cláusulas existentes nestes negócios jurídicos, especialmente à luz da boa-fé objetiva e demais normas cogentes. Desta maneira, cláusulas que eventualmente considerem inviável esta transmissão dos ativos digitais, poderiam ser reputadas como abusivas e, assim deveriam ser declaradas como nulas, por naturalmente privarem o titular de um direito oriundo da própria natureza do contrato. (ZAMPIER, 2021, p. 235)

Assim, apenas socorrendo-se a hermenêutica constitucional, o Tribunal Alemão conseguiu estabelecer bases para o exercício dos direitos pelos herdeiros, estabelecendo balizas para que esse exercício seja pautado pela boa-fé objetiva e não exceda os limites impostos pelo ordenamento, prevalecendo a autonomia da vontade. Percebe-se certo alinhamento com os preceitos defendidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, ao considerar abusivas cláusulas que privem o titular de um direito diretamente vinculado à natureza do contrato.

Por fim, Bruno Zampier (2021, p. 236) ainda traz importante reflexão que deve pautar o raciocínio quantos aos bens digitais. A transmissibilidade ou não de um perfil digital importa sempre em uma escolha. Ou seja, escolhe-se deixar os bens com um provedor de acesso, em que se espera que não utilize de qualquer forma esses dados, ou, escolhe-se fornecer aos herdeiros, que tem relação direta com a pessoa falecida.

Definir apenas que esses ficarão a cargo do provedor de acesso para a correta destinação é uma escolha que não é possível fugir, devendo-se sempre atribuir o binômio entre a fun e liberdade a alguém, seja ao provedor, seja aos familiares. Portanto, é necessário que essa escolha seja pautada pelos melhores avanços tecnológicos e técnicas jurídicas, para viabilizar uma solução adequada aos familiares.

Feitos tais esclarecimentos, antes de que seja possível delimitar as bases para o sistema jurídicos brasileiro, será necessário analisar como o judiciário brasileiro vem dando respostas aos primeiros problemas decorrentes da existência de bens digitais.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR LESÕES AOS BENS DIGITAIS

3.1 Danos causados aos bens digitais

Ainda que a regulamentação do tema no Brasil ainda seja incipiente, convém ressaltar que a medida que o número de adesões às novas tecnologias aumenta, por consequência, há também o aumento exponencial dos danos causados.

Assim, didaticamente, com base nos ensinamentos de Bruno Zampier (2020, p. 97), esse capítulo será dividido em três possibilidades de lesões (a) lesões oriundas da conduta de outro particular, com especial foco para questões familiares; (b) lesões causadas próprio provedor; (c) lesões oriundas da conduta do Estado.

Antes de que seja possível entrar nesse rol, imperioso que sejam tecidas algumas considerações sobre o dano e sua evolução. Nessa toada, Felipe Braga Netto; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal (2017, p. 244), entendem o dano enquanto um fato jurídico *stricto sensu*, tendo a evolução desse conceito durante o tempo conduzido a superação de um paradigma de reparação exclusivamente para bens tangíveis e patrimoniais.

Nesse sentido, altera-se a concepção antes delimitada exclusivamente para a identificação de um culpado, para que fosse possível dar o enfoque à reparação da vítima. Via de consequência, para que seja possível afastar esses anacronismos, a solução encontrada pelos doutrinadores encontra sua coerência, ao determinar um posicionamento dividindo o dano em dois aspectos, o dano de fato e o dano jurídico. Os autores assim lecionam:

Para que o dano venha a ser sancionado pelo ordenamento jurídico, vale dizer, para que a legislação autorize que aquele que o sofreu a exigir do responsável uma indenização, indispensável se faz a presença de dois elementos: um de fato e outro de direito. O primeiro se manifesta no prejuízo e o segundo, na lesão jurídica. É preciso que a vítima demonstre que o prejuízo constitui um fato violador de um interesse

jurídico tutelado do qual seja ela o titular. (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 244)

Quando tal perspectiva é contrastada com a presença dos diversos novos bens digitais, deve-se entender que, conforme tratado por Bruno Zampier (2020, p. 97), é necessário que seja redimensionado o exame da responsabilidade civil, para que seja possível o entendimento a respeito de uma nova gama de interesses legítimos oriundos dos bens digitais, logo, todo o exame da causalidade é feito de forma diversa do que seria se estes fossem materiais.

A partir dessa perspectiva, cumpre assinalar que diante da inexistência de precedentes a serem aplicados, será necessário a utilização do juízo de ponderação como alternativa para que a interpretação dos danos e dos novos interesses lesados. Busca-se, assim uma forma mais adequada para que seja possível conciliar a ideia de não interferência nos direitos de terceiros e o exercício do direito subjetivo na rede.

Neste ponto, Anderson Schreiber (2013), citado por Felipe Braga Netto; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p.250), leciona que a ponderação poderia ser definida nos termos:

A ponderação consiste, essencialmente, em analisar de forma comparativa o grau de concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do interesse lesado, extraindo-se do dado normativa uma regra prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame. Em síntese, procura-se definir se, naquelas condições concretas o grau de realização- interesse lesivo- justifica o grau de afetação (ônus imposto) do interesse lesado. (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 250)

Dessa forma, o desafio de conciliar os novos interesses legítimos, ou seja, definir condições concretas para o grau de realização do dano, parece ser o esforço que será exigido do judiciário. Para que isso seja possível, porém, é necessário que se entenda o novo tipo de dano, a partir da superação do paradigma criado por uma concepção meramente naturalística e ainda vinculada a percepção tangível de seus efeitos.

Neste ponto deve-se considerar a realidade desigual brasileira em que o juiz sempre acaba por considerar as consequências do ressarcimento do dano também na vida daquele que praticou a lesão. Para que seja possível avançar no regramento de bens digitais, parece necessário compreender o avanço da concepção de dano para um posicionamento jurídico, que possa se ater ao prejuízo ofendido, dissociando-se assim, da posição do bem jurídico em relação ao ofensor. A partir dessa concepção, será possível avançarmos para a concretização de um sistema que regule essencialmente bens de natureza digital.

Os referidos doutrinadores, sintetizam essa ideia no trecho abaixo transcrito:

Além disso, é nuclear o conceito de dano patrimonial em sua configuração naturalista e puramente material do prejuízo sofrido pelo ofendido. Em vez de centrá-lo na lesão a um interesse, culmina por deslocar a discussão para o campo das consequências econômicas da ofensa, da alteração negativa de uma situação financeira, ou seja, o bem em si mesmo, antes e depois da lesão (sem se ater simplesmente à situação da pessoa em relação ao bem jurídico e a possibilidade dele de lhe servir para a satisfação de uma necessidade). Esse é o interesse do ofendido a ser tutelado pelo ordenamento, uma noção jurídica e não eminentemente naturalística. (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 258)

Feitos tais esclarecimentos, avança-se para o primeiro tipo de conduta identificada, com a certeza da necessidade de superação do paradigma naturalístico do dano, da concepção meramente patrimonial e na necessidade de estabelecer o foco no prejuízo efetivamente sofrido. Relembra-se assim que a responsabilidade civil é composta pela soma da conduta, nexo causal, dano e dolo ou culpa nos regimes de responsabilidade subjetiva.

De forma que essa análise, necessariamente forçará que o judiciário brasileiro utilize parâmetros para um juízo de ponderação que possa absorver os novos interesses legítimos gerados pela complexidade de relações jurídicas criadas pela existência de bens digitais.

3.2 Responsabilidade de terceiros e de familiares

Entender a responsabilidade civil por lesões causadas por outro particular a um bem digital, necessariamente deve ter início seguindo o regramento próprio da reparação civil, ou seja, guiada pela cláusula geral de reparação de danos, obrigando aquele o cometeu a ressarcir conforme a extensão do dano àquele que fora lesado.

Nesse sentido, quantos aos danos à bens digitais patrimoniais, Bruno Zampier (2021, p. 243) aponta especificamente uma série de situações que já vêm sendo enfrentadas pelo judiciário brasileiro e de outros países como o roubo de criptomoedas, o sequestro de dados digitais, e uso indevido de programa de milhagem aéreas, assim tratados:

Logo, para além das eventuais responsabilidades criminais envolvidas, em especial a prática do delito tipificado no art. 154- A do Código Penal, há também a configuração do ato ilícito descrito no art. 186 do Código Civil, trazendo como primeiro efeito a possibilidade de a vítima exigir a reparação integral dos danos sofridos, sejam estes materiais ou morais, nos termos do art. 927 do Código Civil. Aqui estaríamos diante de clara hipótese de responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, de natureza subjetiva. Outros exemplos de violações de bens digitais procedidos por particulares poderiam ser a invasão de redes sociais, a utilização de milhas aéreas sem autorização e o próprio furto de criptomoedas. (ZAMPIER, 2021, p. 243-244)

Sobre esse conceito de ato ilícito tratado, adota-se o posicionamento exposto por Flávio Tartuce (2021, p. 71) que entende que o Código Civil adotou um modelo culposo para sua teorização, nestes termos:

[...] adotado um *modelo culposo*, em sentido amplo, de responsabilidade civil, baseado no dolo- ação ou omissão voluntária, ou seja, na intenção de causar prejuízo a outrem, e na culpa, em sentido estrito ou *stricto sensu*, diante da presença de um ato de imprudência ou negligência. (TARTUCE, 2021, p. 71)

Nesse sentido, opta-se também por adotar os ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho (2015), citado por Flávio Tartuce (2021, p. 271) que lecionam a diferenciação do dolo para culpa. Entendendo que o dolo poderia ser configurado a partir da cumulação da previsibilidade

do resultado, com a consciência de ilicitude da ação que está praticando. Enquanto a culpa em sentido estrito poderia ser entendida como a conduta voluntária que tem um resultado involuntário, ainda que previsível, decorrente de uma falta de cuidado ou cautela.

O avanço e a complexidade das relações realizadas no mundo virtual, no entanto, redimensiona a experiência do exame de causalidade a medida que aumenta a necessidade de foco sobre as concausas, definidas por Caitlin Sampaio Mulholland (2009, p. 57), citada por Felipe Braga Neto; Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 470) como uma condição que também concorreria para que o dano fosse produzido junto a ação inicial e que teria o condão de modificar o curso que aquele processo causal inicialmente teria tomado.

Trata-se, portanto, de uma nova realidade que um terceiro causa lesões, com dolo ou culpa em sentido estrito, a partir do uso de estruturas de provedores, possivelmente com auxílio de outros terceiros, que possuem capacidade de tentar se ocultar na rede e formar novas milícias digitais para crimes. A concausa, desse modo, torna-se ponto fulcral para a responsabilidade no mundo tecnológico, a medida que deve ser distribuído a participação de cada uma dessas partes para o efetivo dano sofrido.

Nessa perspectiva, Flávio Tartuce (2021, p. 348) ao tratar de uma realidade digital, entende parecer cada vez mais necessária a capacidade do juiz em analisar e distribuir o ônus da reparação de acordo com as condutas praticadas por diversos terceiros, verificando assim a influência de cada uma dessas condutas para o prejuízo que fora causado, prevalecendo a responsabilidade solidária entre os causadores do dano.

A realidade, portanto, parece muito mais complicada do que mero sequestro de dados ou ativo financeiros, de forma que, em um futuro próximo, existirão uma centena de lesões à bens patrimoniais digitais que podem ser coordenadas por grupos que escondem quem são, assim como a forma que foi realizada a lesão, cabendo ao ordenamento fornecer essas respostas à estas lesões.

Isto posto, a questão parece se tornar ainda mais complexa, quando se trata da possibilidade de dano, realizado por particular a bem digital existencial, afetando a esfera dos direitos da personalidade do lesado.

Nessa toada, cumpre rememorar que se tratando de danos morais, ainda que possa ser reconhecida uma dupla função da indenização de caráter pedagógico e compensatório, essa jamais pode assumir um caráter puramente punitivo. Nesse sentido, insta salientar que "[...] não há como atribuir à reparação moral uma natureza punitiva pura, eis que a expressão constante do art. 927, caput, do CC/2002 é justamente a forma verbal da palavra reparação." (TARTUCE, 2021, p, 471).

Assim, Flávio Tartuce (2021, p. 480) trata de uma tentativa de compatibilização à ideia de função social da responsabilidade civil, devendo a indenização ser um desestímulo a futuras e semelhantes condutas, ao mesmo tempo que não pode gerar enriquecimento ilícito ao lesado.

Em suma, a explosão tecnológica acarreta a criação de uma infinidade de identidades virtuais que ainda estão aprendendo a se comportar nessa nova realidade, gerando novos tipos de danos para além dos patrimoniais e afetando novos direitos da personalidade. O exame dessa causalidade, para além de enquadrar-se no novo tipo de liberdade de expressão visto nas redes sociais, ainda deve considerar a função social da responsabilidade civil e evitar o enriquecimento ilícito, ao mesmo tempo que protege a esfera de direitos lesada.

A defesa da liberdade de expressão, nesse ponto, deve ser compatibilizada com um exame preciso de eventuais lesões à bens digitais existenciais, devendo o judiciário socorrer-se da técnica da ponderação para resolução de conflitos e resguardar as posições afetadas.

Trata-se ainda da possibilidade de terceiros, que na verdade são da família do lesado de criarem danos. Bruno Zampier (2021, p. 252-253) entende que seria possível entender por violações à privacidade dentro de uma relação conjugal, ou até mesmo, falar em abuso do exercício do poder familiar, em relação a filhos, ensejando a devida reparação.

É possível assim imaginar uma série de situações em que bens existenciais possam ser lesados, por exemplo, um ex-companheiro que, logo após turbulento término, deleta permanentemente informações da rede social da pessoa que se relacionava. Ou ainda, sob a perspectiva de um bem híbrido, um colega de trabalho que apaga e-mail com proposta de emprego de outra empresa para que o indivíduo não saia da empresa. Ou ainda, sobre o comodato de bens digitais antes mencionado, a possibilidade de o comodatário causar dano no uso, implicando na perda de importantes informações do perfil.

Em uma sociedade complexa, como as conclusões desse trabalho apontam, não é possível enxergar o dano apenas como repercussão de uma relação patrimonialista, de forma que o avanço da tecnologia necessariamente também implicará em uma maior quantidade de danos que serão exercidos aos direitos da personalidade no aspecto digital, para além do esforço em delimitação de novos crimes cibernéticos.

3.3 Responsabilidade dos provedores

Sobre a possibilidade de dano advindo de lesões causadas pela conduta de provedores. Bruno Zampier (2021, p. 244-245), em primeiro lugar, aponta a diferença entre Provedores de Serviço de acesso à internet e Provedores de Serviços Online, de forma que os primeiros são utilizados para permitir a conexão à rede mundial de computadores, enquanto os segundos oferecem serviços específicos, como acesso de e-mail, hospedagens de sites ou redes sociais.

Impende ressaltar que a jurisprudência brasileira, desde antes do estabelecimento da lei do Marco Civil da Internet, já havia delimitado em julgado do Superior Tribunal de Justiça⁹ os tipos de provedores possíveis dentro de uma realidade virtual, sendo de extrema importância que essas informações estejam disponíveis aos tribunais de primeiro grau para que possam ter conhecimento e atuar da melhor forma para a solução da lide.

No caso em comento, a partir da relatoria da Ministra Nancy Andrichi, foram delimitados os tipos de provedores, assim como a necessidade de ser cobrada uma postura enérgica para solução de reclamações sobre postagem de conteúdo ilícito.

[...] Os provedores de serviços de Internet são aqueles que fornecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone

⁹ CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração", contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo - notadamente a identificação do URL dessa página - a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012)

(espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web. (BRASIL, 2012, p.10)

Dessa forma, ainda que se trate de importante postura a ser delimitada pelo Superior Tribunal de Justiça, não é possível que também aceitemos que o deveres imputados aos provedores permitam a censura, devendo sua atuação ser balizada pelo bom direito e na medida de suas atribuições.

A discussão quanto às lesões causadas pelos provedores, portanto, trata-se de aferição de possível abuso do direito dos provedores, promovendo a retirada de informações dos usuários dos serviços, sem que sejam prestadas as devidas informações e a garantida a possibilidade de recuperação de eventuais informações excluídas.

Consoante noção cedida por Felipe Braga Netto; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2017, p. 224) o Art. 187¹⁰ do Código Civil define critérios objetivos e finalísticos para que possa ser configurado o abuso de direito. Nesse sentido, os autores demonstram que a dificuldade está situada exatamente em determinar o que seria o exercício admissível de certo direito e em que ponto este exercício teria extrapolado os limites, configurando, por consequência o abuso, assim dispondo:

O abuso do direito é constatado no instante da violação do elemento axiológico da norma. Instala-se a contrariedade entre o comportamento comissivo ou omissivo do indivíduo e o fundamento valorativo-material do preceito.

Indaga-se, todavia, se é possível mensurar o que pode ou não ser considerado exercícios admissível de determinada posição jurídica. Parece-nos que a resposta se

¹⁰ BRASIL. Código Civil. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

situa justamente nos termos do art. 187 do Código Civil. O essencial do abuso do direito será dado pela boa-fé, pelos bons costumes e pela função social e econômica dos direitos. (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 224).

Dessa forma, a partir desses critérios objetivos e finalísticos, a postura do provedor ao não fornecer estas informações configuraria abuso do direito estaria a partir da tentativa de obtenção de um fim econômico ou social.

Assim, os autores concluem que, consolidado o desequilíbrio de forças entre o usuário do provedor e o provedor, caso constatado que houve abuso, deve-se ser procedida a interpretação favorável ao usuário, considerando que os Autores entendem que:

Não é possível ler a norma jurídica de modo descontextualizado, fazendo pouco caso das circunstâncias que envolvem sua aplicação, especialmente em um país de absurdas desigualdades como o Brasil (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 225).

Em perspectiva semelhante, também seria possível enquadrar esse abuso a partir do conceito de boa-fé, de forma que os autores conceituam essa hipótese, indicando, dessa forma, que " [...] estará presente uma violação do dever de agir de acordo com os padrões de lealdade e confiança, independentemente de qualquer propósito de prejudicar."(BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 225-226).

Feitos tais esclarecimentos, Flávio Tartuce (2021, p. 810) ainda contribui ao debate a medida que entende que o regramento do abuso de direito seria aplicável tanto às situações da internet como à contratos eletrônicos, conforme trecho:

Com a ausência de uma lei específica, deve-se compreender que o atual Código Civil pode ser perfeitamente aplicado aos contratos eletrônicos, sendo correto o raciocínio de aplicar as regras gerais de responsabilidade civil às situações que envolvem a Internet, como no caso do instituto do abuso de direito, previsto no art. 187 da nova norma privada.(TARTUCE, 2021, p.810)

Assim, seria possível imaginar a responsabilidade civil desses provedores. Rememora-se que essa discussão fora agravada pela pandemia e pelas notícias falsas que vêm sendo vinculadas por importantes personalidades e políticos mundo a fora. Cumpre examinar, que as redes sociais têm noticiado a implementação de novas tecnologias para que os próprios algoritmos sejam capazes de identificar notícias falsas e determinar a supressão ou alertar aos demais usuários sobre a falsidade das informações prestadas.

Esse caminho, ainda que proveitoso e necessário para uma sociedade justa, em que o poder econômico e político não pode ser usado para disseminação de notícias falsas, no entanto, exige cautela e exame casuístico, sob pena de garantirmos aos provedores a concretização de um poder de censura evidentemente incompatível com os ditames constitucionais.

Aliado a isso, ainda há de ser considerado que, diante de uma ausência de regulamentação dos algoritmos e prestação devida sobre as informações de fluxo de informações na rede, não é possível precisar se os provedores não poderiam se aproveitar dos algoritmos para proveito próprio ou para boicotar iniciativas ou suprimir direitos de partes contrárias que se oponham a alguma medida realizada por estes.

Assim, é necessário trazer os ensinamentos lecionados de Patrícia Peck Pinheiro (2013, p. 195), que resume a questão a partir do princípio do menor dano, sendo melhor a remoção da informação, porém, estabelecidas as devidas garantias, assim como o devido procedimento de formalização para que possa se garantir a ampla defesa e contraditória. Resumido, dessa forma, lecionado pela Autora:

Destacamos ao final a importância de se utilizar esse tipo de mecanismo de retirada de conteúdo do ar sem ordem judicial de forma cautelosa, pois, independentemente do benefício da maior proteção da vítima da ofensa, considerando o princípio da liberdade de expressão, que se coaduna também com o da ampla defesa, devemos fazer uma ressalva de que toda e qualquer remoção de conteúdo deva ser devidamente documentada com a denúncia formal realizada ao provedor, até para evitar que haja arbitrariedade e que a justificativa de suspensão e remoção de conteúdo acabe sendo distorcida e utilizada com finalidade de cercear a livre manifestação do pensamento, com intuito inclusive político. Deve haver uma exigência de que seja garantido o

devido processo legal, para que também uma denúncia infundada faça com que a vítima de censura também encontre guarida do Judiciário.

Pelo princípio do menor dano, é melhor remover do que manter no ar, mas, sendo infundada a denúncia, deve-se garantir a volta ao ar do conteúdo e também a punição daquele que tenha sido leviano, visto que aí a lesão será à liberdade, em vez de à privacidade (como vem ocorrendo mais comumente, em geral, ferindo a honra e a reputação).(PINHEIRO, 2013, p. 195)

Feitos tais esclarecimentos, é possível avançar para alguns exemplos de como a jurisprudência vem enfrentando situações relacionadas aos provedores.

3.3.1 Dos casos de perda do acesso e relação consumo

O primeiro caso que vem em mente é a possibilidade de perda do acesso e entrada na rede por ação do provedor. Nesse sentido, a jurisprudência, conforme exemplos infra transcritos, vem se pautando pela ideia de essencialidade do serviço prestado pelo provedor, aliado a ideia de vulnerabilidade na relação de serviço prestado.

Dessa forma, enxerga-se que a jurisprudência brasileira caminha para inversão do ônus da prova e pela necessidade que os provedores possibilitem a retomada do acesso, sendo garantida a devida reparação a título de perdas e danos.

Consumidor. Prestação de serviços. Armazenamento de dados em nuvem (cloud computing). Bens digitais. Perda. Evento desconforme as finalidades do serviço. Falha na prestação do serviço caracterizada. Vulnerabilidade técnica do consumidor. Responsabilidade objetiva do prestador de serviços pela fruição e disposição dos dados pelo consumidor. Descumprimento do ônus da prova relativamente à culpa exclusiva do consumidor pelo descumprimento dos requisitos para acesso e manutenção do serviço. Obrigação de recuperação dos dados sob pena de conversão em perdas e danos acolhida. Danos morais inerentes ao fato dada a essencialidade do serviço. Indenização proporcional. Sentença de procedência mantida. Recurso improvido. (TJ-SP - AC: 10307242920218260100 SP 1030724-29.2021.8.26.0100, Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Data de Julgamento: 08/11/2021, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/11/2021)

Consumidor. Prestação de serviços. Conta Microsoft. Perda de acesso. Bens digitais. Falha na prestação do serviço caracterizada. Danos morais inerentes ao fato dada a

essencialidade do serviço. Ação ora julgada procedente. Recurso provido. (TJ-SP - AC: 10434763320218260100 SP 1043476-33.2021.8.26.0100, Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Data de Julgamento: 10/12/2021, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/12/2021)

Sendo assim, entende-se pela aplicação do regime consumerista a essas relações entre usuário e provedor, considerando que os provedores abusaram do direitos de supressão e/ou falharam na adequada prestação de serviços relacionados à bens digitais, garantindo respostas às vítimas lesadas. Trata-se de hipótese típica de que o usuário foi lesado e perdeu acesso, logo o ordenamento cria mecanismo para que esse possa voltar o mais rápido possível.

3.3.2 Da personalidade digital e novas relações de trabalho

A situação, no entanto, torna-se mais complexa quando o provedor é necessário para que o usuário realize seu labor diário. De forma que, para além do mérito da discussão trabalhista, o judiciário está sendo confrontado com diversas reclamações de usuários que foram excluídos de plataformas de transporte privados por acusações de ações em desconformidade ao Código de Conduta da empresa privada.

A tese que vem sendo acolhida pela jurisprudência, nesse sentido, indica a aplicação da teoria do menor dano, sendo mais vantajoso à empresa e seus usuários que o usuário que presta o serviço conjuntamente a empresa seja excluído de seus quadros, do que esse possa colocar a vida de terceiro e a reputação da empresa em risco a partir do descumprimento reiterado do Código de Conduta.

Apelação – Ação de obrigação de fazer, cumulada com pedido de indenização por danos morais, lucros cessantes e tutela de urgência – Improcedência – Prestação de Serviço – Motorista descredenciado do aplicativo – Cabimento – Ré que demonstrou ter recebido reclamações registradas por passageiras relatando condutas gravíssimas por parte do autor – Infringência do Código de Conduta da Uber – Cláusula contratual, ademais, que prevê a possibilidade de descredenciamento imediato neste caso – Manutenção da improcedência da ação é medida de rigor – Recurso improvido. (TJ-SP - AC: 10081951620218260100 SP 1008195-16.2021.8.26.0100, Relator: Thiago de Siqueira, Data de Julgamento: 10/11/2021, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/11/2021)

Serviços profissionais Motorista descredenciado da plataforma UBER Reclamações apresentadas por usuárias da UBER contra o autor, que não se interessou em produzir prova a seu favor Desnecessidade de notificação prévia do descredenciamento, diante da ciência inequívoca do motorista a respeito das obrigações e condutas exigidas na prestação do serviço Inexistência de causa para a manutenção do contrato, assim como para indenizar Pedidos improcedentes Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1063214-75.2019.8.26.0100; Relator (a): Silvia Rocha; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2021; Data de Registro: 29/07/2021.)

Prestação de serviços Sentença de improcedência. Descredenciamento do autor da plataforma de serviços da empresa ré. Termo de condições de serviços que prevê a exclusão imediata do motorista nos casos de desrespeito ao código de conduta da empresa. Sucessivas reclamações acerca da identidade do motorista segundo os usuários, o prestador que dirigia o carro não era a pessoa na fotografia da plataforma. Proibição de condução dos veículos cadastrados por terceiros. Reincidência das reclamações mesmo após advertência ao parceiro cadastrado. Legalidade da conduta da ré. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1110793-53.2018.8.26.0100; Relator(a): Benedito Antônio Okuno; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/09/2020; Data de Registro: 09/09/2020.)

Os argumentos elencados, no entanto, evidenciam a possibilidade de problemas decorrentes dessa supressão do direito do usuário. Em primeiro, o usuário adere à plataforma por meio de um contrato de adesão que permite a rescisão unilateral sem notificação prévia em caso de descumprimento do Código de Conduta. Em segundo, a supressão desse direito não precisa necessariamente ser pautada na verdade dos fatos ou em investigação realizada pela empresa, mas apenas da comprovação que efetivamente foram realizadas denúncias a partir de terceiros, sem necessidade de denúncias perante autoridades policiais ou qualquer outro tipo de comprovação externo à plataforma.

Não se trata assim de defender o ilícito, porém, deve-se considerar o cenário de precarização do trabalho e ascensão do trabalho informal que tomou conta do Brasil nos últimos anos. Os trabalhadores, assim, estão submetidos a constante avaliação de terceiros desconhecidos, e essas avaliações pautarão a identidade virtual do usuário nessa plataforma, inclusive, a partir de algoritmos próprios da empresa, que também determinarão a qualidade do serviço que será prestado por esse trabalhador e o tipo de passageiro que este ficará submetido a atender.

Por mais que a constitucionalidade desse serviço avaliativo das plataformas digitais de transporte e entrega possa ser questionada, e que seja inegável que a teoria do menor dano deva ser aplicada em função da segurança dos demais usuários da plataforma, sem a devida regulamentação e sem o conhecimento e fiscalização e transparência dos algoritmos dessas empresas, há uma imensa margem para consolidação do injusto.

Ao passo que é possível traçar um paralelo com os ensinamentos lecionados por Flávio Tartuce (2021, p. 1440) quanto ao Marco Civil da Internet, à medida que prevalece ainda a completa isenção dos provedores em desenvolver mecanismo mais eficazes, imputando o ônus do ilícito apenas ao usuário que promoveu a lesão.

Quando situado dentro da realidade dos trabalhadores dessas plataformas, porém, há de se considerar que a rescisão implica também na retirada do sustento diário do usuário que promoveu a lesão, colocando ele em uma situação ainda pior de vulnerabilidade, com possíveis implicações de lucros cessantes, perda de uma chance e outros institutos caso haja a comprovação de que esse não cometeu as lesões indicadas por terceiros.

Assim, além de uma eventual relação trabalhista com o provedor, o usuário, ainda que acusado de uma lesão, detém uma verdadeira personalidade e identidade virtual, com aspectos também patrimonialistas, já que o estabelecimento de perfis bem avaliados implicará necessariamente em melhores condições de trabalho e acesso a oportunidades melhores.

O rompimento dessa verdadeira personalidade virtual de trabalho parece exigir mais explicações e maior cautela do que simplesmente a submissão aos interesses privados e a isenção dos provedores de qualquer procedimento que regule essa exclusão dos quadros. A rescisão de um contrato de trabalho possui uma série de institutos trabalhistas a serem regulados, ainda que por justa causa, não podendo se legitimar a simples exclusão dos quadros sem a devida prestação de informações ao usuário que está sendo excluído.

3.4 Responsabilidade do Estado.

Além dos casos em que seja possível identificar lesões causadas por particulares ou pelos provedores, ainda há a possibilidade de que o Estado seja responsabilizado por danos causados aos bens virtuais. Nesse sentido, Bruno Zampier (2021, p. 248) identifica, em primeiro, a possibilidade de atuação do Estado para monitoramento da vida de seus cidadãos para garantir os interesses e a segurança nacional a partir das autoridades policiais e sob o pretexto de uma tutela preventiva da segurança pública.

Por óbvio, a solução a ser determinada pelo princípio da proporcionalidade apontada pelo Autor inclina para a necessária conclusão que a segurança pública não pode se tornar um superdireito, de modo a justificar lesões graves à privacidade dos usuários da internet, devendo prevalecer as garantias constitucionais, assim como a cláusula de reserva judicial para acesso e quebra de sigilos telemáticos ou bancários.

Dessa forma, qualquer postura do Estado que se aproxime da criação de um Estado policial deve ser rechaçada pelo ordenamento jurídico, impedindo que o Estado viole direitos básicos da personalidade sob o pretexto de segurança, para além das hipóteses constitucionalmente previstas.

Nesse sentido, imaginando outras possíveis violações perpetradas pelo Estado brasileiro, Bruno Zampier (2021, p. 250-251) avança, identificando que a jurisprudência brasileira consolidou a impossibilidade de responsabilidade estatal diante da omissão legislativa, de modo que ainda que se mantenha o ambiente incipiente de discussão legislativa sobre os bens digitais, há remédios constitucionais, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão para resolução desta questão.

Nesse sentido, estes institutos vêm sendo interpretados a partir de uma perspectiva concretista a ser realizada pelo judiciário, de forma que, para além da notificação da autoridade

sobre a omissão, cria-se o dever de estabelecer a forma que o direito deve ser realizado no caso concreto, estabelecendo as condições para o pleno exercício do direito.

Por mais que a perspectiva concretista adotada pelos tribunais superiores dimensione o papel do Estado eventualmente sendo instado a construir as condições para exercer os direitos sobre bens digitais é necessário que essa perspectiva seja analisada também pela regulamentação e criação de órgãos que se destinem a estudar os problemas decorrentes da ascensão dos algoritmos.

Nesse sentido, Pedro Fortes (2020, p. 430-431) trata sobre a viabilidade de responsabilização algorítmica do Estado e a ideia de um direito algorítmico para suprir eventuais falhas e violações aos direitos patrimoniais e existências da sociedade. Para alcançar essas respostas, inicia a pesquisa a partir de importante papel pouco citado na Lei Geral de Proteção de Dados que é a instituição da Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

Outrossim, define que o dever desta autoridade seria no sentido de zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei de Proteção de Dados Pessoais, de modo que define que a necessidade de órgão regulador para concretização da proteção à privacidade, à medida que a "fiscalização e eventual aplicação de sanções por descumprimento à legislação exige um processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso". (FORTES, 2020, p. 431)

Nessa perspectiva, o Autor entende que, diante da revolução que os algoritmos causaram na vida das pessoas, foi alterada a percepção e senso de responsabilidade que a sociedade tinha sobre a influência desses, culminando no aumento da pressão política e social para atuação e intervenção do Estado, de forma que conclui que "A normatividade embutida nos algoritmos é decisiva e deve ser sujeita à auditoria" (FORTES, 2020, p. 435).

O posicionamento, dessa forma, pode ser traduzido pelo Autor:

No âmbito da responsabilidade civil, o Estado deve proteger os direitos dos usuários nas sociedades digitais, sendo necessária a intervenção institucional para tutelar direito coletivos. O Estado deve agir como regulador, ator e legislador, de maneira a reequilibrar as assimetrias de poder e de informação entre as empresas e seus usuários para impedir efeitos negativos e lesivos. (FORTES, 2020, p. 436).

Em perspectiva comparativa, Bruno Zampier (2021, p. 169) mostra certo receio sobre essa perspectiva de excessiva autonomia dada as empresas privadas, de forma que a efetivação da tutela jurisdicional é garantida pela ação do estado, seja legislativa, colaborativa ou sancionatória.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais não é apta a suprimir a autonomia do indivíduo, sendo ainda necessária a remodelação da autonomia na perspectiva de um mundo digital, a fim de que possa se permitir não apenas a titularidade de bens digitais, mas também a proteção de dados pessoais quando da contratação de serviços em rede. (ZAMPIER, 2021, p. 169)

A proteção e tutela dos direitos coletivos assim deve ser garantida a partir de uma postura mais proativa e institucional da figura do Estado, assim Pedro Fortes (2020) define essa postura, estabelecendo que "O Estado deve agir como regulador, ator e legislador, de maneira a reequilibrar as assimetrias de poder e de informação entre as empresas e seus usuários para impedir efeitos negativos e lesivos." (FORTES, 2020, p. 436)

Avança ainda estabelecendo as condições para essa responsabilidade algorítmica, determinando que "cabe ao poder público investigar, analisar e controlar as fórmulas matemáticas dos algoritmos, exercendo o devido controle normativo de seus efeitos de acumulação, coordenação e distribuição de dados." (FORTES, 2020, p. 436)

Por mais que a questão ainda pareça uma realidade distante, Pedro Fortes (2020, p. 437) aponta que não se trata de mera hipótese teórica ainda distante da implementação real, já sendo uma realidade dentro das empresas que utilizam os dados e informações para pautar suas ações de marketing, assim como dos algoritmos para alcançar novos resultados comerciais.

Isto posto, sem que ocorra a devida regulamentação e responsabilidade do Estado, abre-se enorme margem para o ilícito, permitindo que empresas direcionem seus algorítmicos para práticas de mercado lesivas aos consumidores, descumprindo princípios básicos de concorrência. É nesse sentido que Pedro Fortes (2020, p. 438) define que esse tipo de postura enseja a responsabilização não apenas dos engenheiros responsáveis, ou por quem efetivamente realizou a instalação do programa, como também da pessoa jurídica e de seus administradores.

Isso porque, conforme delineado pelo autor, o Brasil ainda encontra limitações quantos aos institutos de referentes à tutela de interesse coletivo e capacidade de provimento de indenizações individuais de caráter individual homogêneo, assim como eventuais sanções comerciais que efetivamente correspondam à gravidade das condutas praticadas.

A ausência de regulamentação e uma jurisprudência que pautaria sobre uma ideia de valor mínimo de indenizações, assim, para Pedro Fortes (2020, p.438) poderia conduzir a atuação dessas empresas à concretização de uma ilicitude lucrativa ou seja, uma ideia de que fazer a coisa errada e depois realizar pagamentos ínfimos de indenizações seria mais lucrativo do que estabelecer os mecanismos corretos e concretizar uma responsabilidade algorítmicas.

Assim, as lesões causadas pelo Estado sobre bens digitais não podem fugir a essência de necessidade de um Estado Regulador, ainda que não seja possível a responsabilização por omissão legislativa, é necessário entender qual o papel que o Estado passará a assumir diante dessa quantidade de dados circulando livremente.

Insta salientar que o Autor define essa postura como ativa para estabelecimento de posturas públicas a partir da análise de dados e comportamentos, definindo assim que:

A responsabilidade algorítmica do Estado exige, assim, que o volume massivo de dados seja coletado, processado e utilizado de maneira a atender à demanda por

serviços públicos de qualidade acompanhado da efetiva proteção dos direitos dos consumidores.. (FORTES, 2020, p. 440)

Define assim uma dupla função, a primeira, de responsabilidade do uso dos algorítmicos para melhor estabelecimento das políticas públicas, garantindo que a impessoalidade da análise dos dados algorítmicos possa precisar as ações de Estado em contraposição aos achismos ideológicos e políticos de nossos governantes. A, segunda, dentro de uma perspectiva de proteção ao consumidor, impedindo o abuso do capital em desfavor aos bens digitais dos consumidores usuários.

Por fim, leciona o autor sobre essa nova postura do Estado:

Caberá ao Estado atuar e intervir para estabelecer a estrutura de controle normativo dos algorítmicos e de regulação, legislação e execução de tarefas para permitir que a sociedade possa se beneficiar das novas possibilidades abertas pela tecnologia da informação sem sofrer os efeitos negativos e as consequências lesivas que poderiam decorrer da omissão estatal diante de sua responsabilidade algorítmica. (FORTES, 2020, p. 441)

Dentro dessa postura, entende-se ainda que não se trata apenas de uma postura sancionatória, não servindo ao Estado e suas agências regulatória para criar posturas contrárias a inovação e criem excessivos obstáculos ao estabelecimento de novas tecnologias. É, nesse sentido, que Pedro Fortes (2020, p. 434) trata da necessidade de estilo híbrido de qualquer agência regulatória para as inovações, de forma que tenha capacidade de estabelecer mecanismos de colaboração das empresas privadas, concretizando os efeitos práticos de um poder de normatividade próprio ao gênero de agências regulatórias, assim como as políticas sancionatórias.

Percebe-se, assim que o reconhecimento de bens digitais também estabelece novas funções às empresas, que devem buscar a adequação aos regramentos a serem estabelecidos, contando com o aval das políticas colaborativas estabelecidas pelas agências reguladoras. Ato contínuo, estabelece-se também novas funções principalmente ao Estado que não pode admitir uma postura meramente passiva sobre as inovações e deve estar à frente desse processo para

que possa utilizar desses novos bens digitais para mapear um futuro melhor e ao mesmo tempo coibir abusos, a partir das posturas sancionatórias.

3.5 Do modelo brasileiro para regulamentação

Diante do exposto e do contraste trazido pelas alternativas fornecidas pelos ordenamentos de outros países e a forma que o judiciário brasileiro vem encontrando respostas para as questões de responsabilidade civil no Brasil, encontramos alguns ensinamentos e experimentações que já foram realizados e podem contribuir para a discussão sobre a existência de bens digitais no Brasil, assim como a regulamentação da sucessão destes bens.

A base para esse sistema brasileiro assim encontra amparo nos modelos e soluções encontradas nesses ordenamentos que foram trabalhados. Seja pela perspectiva estadunidense, com as discussões trazidas durante a regulamentação do projeto legislativo que trata da questão sucessória, assim como a regulamentação de criptoativos e bens digitais patrimoniais. Seja pela perspectiva alemã, em que foi utilizada a hermenêutica constitucional para encontrar as soluções para o caso em concreto.

Assim, em primeiro, quanto aos bens digitais patrimoniais, ainda que de forma incipiente, estão tramitando alguns projetos de lei para a regulamentação. Em especial, está tramitando no Brasil um projeto de lei, de autoria do Deputado Aureo Ribeiro, o PL 2303/15.

Por mais que haja certo avanço a partir da conceituação de ativos digitais¹¹, ainda há uma grande massa cinzenta para entender qual seria a autoridade que fiscalizaria as relações jurídicas

¹¹ Conceitua ativos digitais como "representação digital de valor que pode ser negociada ou transferida por meios eletrônicos e utilizada para realização de pagamentos ou com propósito de investimento".

decorrentes da proposta, se seria o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários ou outra agência que ainda será criada por lei.

Ao mesmo tempo, as discussões parecem caminhar para um projeto que inibe o avanço tecnológico, impondo a possibilidade que essa agência reguladora estabeleça regras e limites operacionais e de exposição de risco ¹², limitando a atuação das empresas interessadas e a capacidade de geração de riqueza.

Neste ponto, deve-se considerar que a necessidade de regulamentação, ora defendida, é o estabelecimento de bases para que o ordenamento jurídico e o judiciário possam atuar, cumprindo o Estado com sua função reguladora.

Não se trata assim de estabelecimento e forte controle do Estado, atuando no papel de responsável pela promoção e crescimento da economia, até porque essas tecnologias foram criadas sobre uma perspectiva de descentralização, ou seja, pela implementação de um modelo alternativo, avesso aos métodos tradicionais.

Impor uma regulamentação excessivamente sancionatória ou que garanta ao Estado demasiada influência não parece ser positivo para o desenvolvimento desse tipo de tecnologia, esperando assim que sejam utilizados os ritos próprios do projeto legislativo, como a audiências públicas ou presença de *amicus curiae* para alargar esse debate e encontrar um avanço regulatório que se compatibilize com a natureza dos bens digitais patrimoniais.

¹² BRASIL. Projeto de Lei 2303/2015. Art. 4º Os órgãos regulatórios deverão definir as regras aplicáveis às operadoras de ACP, exclusivamente no que diz respeito a: I – forma de constituição; II – obrigatoriedade de divulgação de demonstrações financeiras auditadas; III – regras e limites operacionais e de exposição de risco; e IV – exigência de adoção de regras de cadastro de clientes e prevenção de crimes de lavagem de dinheiro.

Quanto aos bens digitais existenciais o debate é semelhante, sendo necessário o estabelecimento de regras gerais e necessário que as empresas privadas, em especial os provedores de Serviços de Internet, colaborem com a tecnologia para viabilizar as novas soluções a serem trazidas no ordenamento jurídico.

Fala-se de uma postura colaborativa, a ser entendida como a implementação de testamentos digitais, alterações nos termos de serviço e avanços para que possam se tornar presentes na vida dos usuários. Deve-se considerar também que esses provedores transcendem os limites territoriais do Brasil, de forma que é preciso, até mesmo em nível global, que sejam estabelecidas algumas diretrizes gerais para a atuação, sob pena de que o provedor tenha para si criadas diversas obrigações a depender do Estado e da legislação própria, o que também inibiria o avanço tecnológico.

Conforme demonstrado, o direito digital, ou seja, a ideia de um direito que se adeque às novas perspectivas impostas pela tecnologia, deve sim atuar na regulamentação dos bens digitais, a partir do Estado e de suas agências reguladoras. Porém, ao mesmo tempo, deve-se abrir margem para a auto-regulamentação, permitindo que as empresas estabeleçam os limites operacionais e exposição ao risco, sob pena de termos um ordenamento avesso ao progresso.

Neste ponto, Patrícia Pinheiro (2013, p. 50), leciona sobre a autorregulamentação, que pode ser aplicada, sob a supervisão do Estado, tanto aos bens digitais patrimoniais, quanto aos bens digitais existenciais:

A autorregulamentação parte do pressuposto de que ninguém melhor que o próprio interessado para saber quais são as lacunas que o Direito deve proteger, quais são as situações práticas do dia a dia que estão sem proteção jurídica e que caminhos de solução viável podem ser tomados. Um bom exemplo de autorregulamentação são os provedores de serviço de acesso à Internet, que têm contribuído e criado normas-padrão a serem seguidas não apenas em nível local mas, principalmente, em nível global, no que tange às questões de privacidade e de crimes virtuais. A autorregulamentação já existe em nosso Direito há muito tempo. Uma série de categorias profissionais criam as suas próprias normas e diretrizes de trabalho, como a dos médicos, advogados e setores como o mercado publicitário e de Telecomunicações.

O princípio que norteia a autorregulamentação é o de legislar sem muita burocracia, observando a Constituição e as leis vigentes. Isso permite maior adequação do direito à realidade social, assim como maior dinâmica e flexibilidade para que ele possa perdurar no tempo e manter-se eficaz. Tal tendência de autorregulamentação por meio do exercício da liberdade responsável e das práticas de mercado sem intervenção estatal é uma das soluções que mais atendem à necessidade de que o Direito Digital deve não apenas conhecer o fenômeno social para aplicar uma norma, mas ter uma dinâmica e uma flexibilidade que a sustentem na velocidade das mudanças da sociedade digital que serão sempre sentidas, primeiramente pela própria sociedade. (PINHEIRO, 2013, p. 50)

A auto-regulamentação assim não implica em dizer que será uma anarquia legislativa ou a permissão do injusto. De forma que, a depender da complexidade de relação jurídica firmada e do bem digital tratado, seria possível aplicar os critérios do Art. 927, parágrafo único, do Código Civil, entendendo-se como risco próprio à atividade que ali está sendo desenvolvida.

É nesse sentido que Flávio Tartuce (2021) define que:

No que diz respeito ao eventual dever de indenizar que decorre de condutas praticadas nesses ambientes, há tempos venho entendendo pela aplicação da cláusula geral de responsabilidade objetiva, retirada do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, pro oferecer o mundo digital uma série de riscos aos usuários. (TARTUCE, 2021, p. 1430)

Trata-se assim de um modelo híbrido entre os ensinamentos do modelo alemão e do estadunidense, sendo possível recorrer a hermenêutica constitucional para resolução dos conflitos, ou seja, a interpretação constitucional que permita utilizar os institutos jurídicos já existentes para a busca pela solução adequada.

É nesse sentido que, especificamente quanto aos provedores, Cintia Lima; Emanuele Moraes e Kelvin Peroli (2020, p. 155), entendem pela similaridade que essas regulamentações possuem com a legislação consumerista e com a responsabilidade objetiva pelos danos, fornecendo as bases para a compreensão da responsabilidade civil de bens digitais, conforme é tratado no trecho:

Em síntese, em se tratando de uma relação jurídica de consumo, em que geralmente, haverá remuneração advinda de técnicas de marketing direto, a responsabilidade dos agentes de tratamento de dados pessoais será objetiva por força do que dispõe o CDC. Em alguns casos, quando não estiverem presentes os requisitos da relação jurídica de consumo, se aplicado o Código Civil de 2002, entende-se que a responsabilidade objetiva deve ser analisada à luz da teoria do risco da atividade ou empreendimento, em que o agente que exerça atividade econômica deve suportar os danos provocados em seu exercício nos termos do parágrafo único do art. 927 do CC/02. (LIMA; MORAES; PEROLI, 2020, p. 155)

Outro ponto interessante legislativo no Brasil para essa regulamentação de bens digitais segundo Zampier (2021, p. 64) parece ser a Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98), que conceitua obras intelectuais em seu artigo 7º, "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 [...]". (BRASIL, 1998)

Veja-se assim que, por mais que a ideia de criações do espírito esteja vinculada à pessoa humana, e que seja possível imaginarmos no futuro obras criadas por inteligência artificial, há nesse conceito espaço para a intangibilidade e espaço para o avanço tecnológico ao entender que também serão criadas novas obras no futuro.

O reconhecimento dessa possibilidade de avanço, por mais que possa parecer desnecessário de estar positivada na lei, parece um exercício de humildade do legislador atual, entendendo que há uma série de imprevisibilidades decorrentes da criação e avanço exponencial da tecnologia que nos colocam em um ponto médio que não nos permite enxergar claramente todo o futuro.

Assim, é possível estabelecer alguns princípios que necessariamente devem ser seguidos para que seja possível o avanço da regulamentação de bens digitais no Brasil. Em primeiro, trata-se da superação da concepção de dano naturalístico, vinculado apenas ao dano gerado ao patrimônio físico, para entendimento como posição jurídica afetada e que deve ser reparada ou ressarcida, conforme a extensão e efeitos do dano.

O segundo é o uso do juízo da ponderação diante da ausência de um quadro normativo positivado na legislação. Assim, a partir da experiência alemã, é possível extrair postulados a partir da legislação consumerista, assim como dos regramentos do Marco Civil da Internet e da Lei Geral de Proteção de Dados, para garantir soluções aos danos causados antes da positivação desse sistema.

Cumprido ressaltar que não se trata de aplicação meramente analógica, mas da própria ideia de hermenêutica constitucional, realizando uma interpretação que compreenda os princípios emanados pela constituição da república e a forma que essa é permeada na legislação infraconstitucional.

Outrossim, a implementação desse sistema de proteção aos bens digitais deve ainda abrir margem à auto-regulamentação, de forma a compreender a figura do Estado nessa nova dinâmica social que está marcada pela descentralização e na criação de tecnologias que pretendem superar os limites de regulação estatais.

O Estado, no entanto, não pode furtar-se de realizar regulamentações mínimas e garantir a possibilidade de reparação ou ressarcimento de seus cidadãos. De forma semelhante, também deve garantir o mínimo de segurança jurídica para esses bens digitais, criando bases para atuação a partir de um sistema que deve ser tanto sancionatório como colaborativo, de modo a absorver às auto-regulamentações e promover e fiscalizar os avanços tecnológicos para a melhor convivência virtual.

Nesse sentido, as experimentações em nível internacional têm conduzido a ideia desse sistema a partir do princípio da transparência, que pode ser dissolvido na necessidade de prévio registro dos agentes, para dificultar a implementação de práticas ilícitas, e ao mesmo tempo, permite ao Estado a ideia de um direito algorítmico, exigindo a adaptação para fiscalização de como essas atuam. É uma dupla camada que sustenta esse modelo colaborativo a partir da transparência e capacidade de fiscalização.

O Estado, no entanto, não pode assumir uma postura de mero espectador da revolução tecnológica, sendo necessário que também assuma o papel de interpretar e utilizar da quantidade de bens digitais disponíveis e dos comportamentos traçados por algoritmos no mundo digital para traçar as políticas públicas e garantir maior efetividade à prestação de direitos positivos pelo Estado no âmbito da mobilidade pública, educação e saúde.

Por fim, conforme visto neste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro possui forte influência da legislação consumerista que possui especial previsão quando ao direito de informação dos consumidores a ser prestado pelos fornecedores, que deve ser compreendido pelo brasileiro médio, sem gerar grandes dificuldades interpretativas que inviabilizem a compreensão.

É nesse sentido que Flávio Tartuce e Daniel Neves (2017, p. 319-320) entendem que o Código de Defesa do consumidor adotou a cláusula de que na dúvida, a controvérsia deve ser resolvida em favor do consumidor, conforme trecho:

[...] o art. 47 da Lei 8.078/1990 consagra a máxima *in subio pro consumidor*, ao preconizar que "As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor". Aqui, o princípio da função social do contrato, em sua eficácia interna, é flagrante pela preocupação em se proteger o consumidor como parte vulnerável da relação negocial, o que repercute na hermenêutica do negócio jurídico. (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 319-320)

Nessa perspectiva, o contrato de adesão, regulado pelo art. 423 do Código Civil de 2002 adotou premissa semelhante ao favorecer o aderente, padronizando-se assim a partir da perspectiva que aquele que não tem contrato sobre a formação do contrato deve ter seus bens jurídicos tutelados com maior cautela em caso de dano.

Assim, a base para um sistema brasileiro de proteção aos bens jurídicos necessariamente deve observar a proteção da informação como direito do aderente ou do consumidor,

protegendo-o da possibilidade que a complexidade das novas tecnologias permita que os provedores ou fornecedores em geral cometam atos ilícitos.

A informação, por fim, além de dever imposto aos provedores dentro da relação contratual, também deve ser entendida como bem jurídico tutelável, digital e imaterial, garantindo assim a existência de bens jurídicos digitais existenciais e patrimoniais.

A partir desse reconhecimento da existência, também necessária a atenção do ordenamento jurídico brasileiro para a viabilidade de sucessão, a partir do reconhecimento de que esses bens ao existirem devem ter um final, não sendo possível uma análise rasa que apenas terceiriza a decisão final aos provedores de acesso, acreditando que prevaleça as disposições contratuais de um termo de adesão.

Assim, trata-se em três esferas, primeiro, o reconhecimento da existência, a partir da criação de um sistema de proteção com base na experiência dos ordenamentos alienígenas. Em segundo, por consequência da existência, o reconhecimento da sucessão, sendo certo que a entrega desses bens aos provedores também representa uma escolha, que deve ser compatibilizada com as bases do ordenamento jurídico brasileiro, a partir da criação de um sistema colaborativo entre iniciativa privada e Estado. E, em terceiro, o entendimento da responsabilidade civil pelo judiciário brasileiro, que deve usar da ponderação e da hermenêutica para encontrar as soluções enquanto encontra-se pendente a implementação desse sistema.

Dessa forma, ainda que as iniciativas legislativas brasileiras ainda se encontrem em nível incipiente frente aos avanços dos ordenamentos jurídicos alienígenas, é possível identificar os nortes que pautarão a ideia de um sistema brasileiro de proteção aos bens digitais, a partir da análise dos atuais regramentos, assim como a superação dos desafios exposta nesse trabalho, possibilitando que o Brasil esteja atento às mudanças tecnológicas e aberto ao futuro.

CONCLUSÃO

A revolução tecnológica da última década viabilizou a criação de diversos novos ativos digitais, impondo ao ordenamento jurídico brasileiro a adequação e conceituação dessas novas tecnologias a luz do direito. Por consequência, forçoso reconhecer que dentro da lógica do ordenamento, esses devem ser enquadrados dentro da categoria de bem, sendo criada nova classificação para enquadrá-los como digitais existenciais, patrimoniais ou híbridos.

A partir do reconhecimento da existência desses bens, torna-se necessário o aprofundamento dos estudos sobre as implicações jurídicas desse reconhecimento, assim como a possibilidade de sucessão. Em um sistema legislativo que ainda se mostra incipiente quanto às novas tecnologias, foi necessário traçar um quadro comparativo entre os avanços regulatórios da última década no país e contrastar com às iniciativas de ordenamentos jurídicos alienígenas sobre bens digitais para traçar as bases normativas para um sistema de proteção aos bens digitais no país.

O estabelecimento e sucesso dos bens digitais no ordenamento jurídico brasileiro então precede da superação de desafios, como a superação de um dano naturalístico e a conscientização sobre tecnologias que, ao mesmo tempo que avançam, ocupando espaço na sociedade, ainda são alheias à parte da população brasileira mais desfavorecida. Por isso, o reconhecimento desses bens também implica na necessidade de enquadrá-los à luz de uma função social que viabilize a inclusão social ou, ao menos, a diminuição de desigualdade.

Entende-se assim, que nem a Lei Geral de Proteção de Dados e nem o Marco Civil da Internet lograram êxito em auxiliar no reconhecimento de bens digitais no ordenamento brasileiro, ainda que possam ser considerados avanços regulatórios. O estudo mais aprofundado desses diplomas normativos, no entanto, conduziu para a interpretação que esses ainda protegem excessivamente os interesses dos provedores e do grande capital, algo que parece ainda um pouco distante de um sistema de proteção que deva, necessariamente, concretizar os princípios constitucionais e estar abrangido pela legislação consumerista.

Assim, foram interpretados os possíveis danos que vem sendo cometidos aos bens digitais no Brasil, vislumbrando-se as decisões tomadas pelo judiciário, que corroboraram a hipótese de necessidade de aprofundamento das bases teóricas para esse sistema de proteção.

A responsabilidade civil, assim também foi tratada, sendo identificada a necessidade de correta distribuição dos ônus e das concausas nos danos causados por terceiros ou familiares aos bens digitais. Quando a responsabilidade dos provedores, foram estudadas as implicações do reconhecimento do direito e obrigações destes, com a possibilidade de abuso desses direitos. Por fim, foi ainda tratada a possibilidade de responsabilidade algorítmica do Estado e da vedação à criação de um Estado Policial.

Dessa forma, a partir da análise das experiências do judiciário brasileiro e dos projetos, vislumbrou-se a base para um sistema que se permita englobar essa nova gama de bens digitais, sem contudo, criar excessivos desafios a ordem constitucional, devendo adaptar-se à realidade social do Brasil e absorver o avanço tecnológico.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETTO, Felipe; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de Responsabilidade Civil**- 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, **Código Civil** (2002). Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL, **Código de Processo Civil** (2015). Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.html. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL, **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html. Acesso em: 03 jan. 2021

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Institui o Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm . Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. **Lei Geral de Proteção de Dados**. (L. 13.709 de 2018). Disponível EM: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm . Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. **Marco Civil da Internet** (L 12.965 de 2014). Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei 2303/2015. **Dispõe sobre a inclusão das moedas virtuais e programas de milhagem aéreas na definição de 'arranjos de pagamento' sob a supervisão do Banco Central**" (altera a Lei nº 12.865, de 2013 e da Lei 9.613, de 1998). Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=155547> 0>. Acesso em: 03 jan. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (Resp) 1316921 RJ 2011/0307909-6, Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 26/06/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22026857/recurso-especial-resp-1316921-rj-2011-0307909-6-stj/inteiro-teor-22026859>. Acesso em: 03 jan. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**, 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FORTES, Pedro Rubim Borges. **Responsabilidade algorítmica do Estado: Como as instituições devem proteger direitos dos usuários nas sociedades digitais**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (coord.). Responsabilidade civil e novas tecnologias- Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **A Responsabilidade civil no universo dos bens digitais**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (coord.). Responsabilidade civil e novas tecnologias - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital**. Revista Brasileira de Direito Civil - RBDCivil, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; MORAES, Emanuele Pezati Franco de Moraes; Peroli, Kelvin. **O necessário diálogo entre o marco civil da internet e a lei geral de proteção de dados para a coerência do sistema de responsabilidade civil diante das novas tecnologias**. In: MARTINS, Guilherme Magalhães; ROSENVALD, Nelson (coord.). Responsabilidade civil e novas tecnologias- Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Coord.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**, Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NUNES FRITZ, Karina e SCHERTEL MENDES, Laura. Case Report: **Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital**. In: Revista de Direito da Responsabilidade, Coimbra, p. 525-555, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: volume 3: contratos**, atual.: 22ª ed. Atualizada por C. Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de CICCIO, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 5. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as Leis n. 12.735 e 12.737, de 2012 — São Paulo : Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: parte geral**. 33. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

SÃO PAULO, TJSP; Apelação Cível 1110793-53.2018.8.26.0100; Relator(a): Benedito Antônio Okuno; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/09/2020; Data de Registro: 09/09/2020. **JusBrasil**. 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/924436343/apelacao-civel-ac-11107935320188260100-sp-1110793-5320188260100>. Acesso em: 03 jan. 2021.

SÃO PAULO, TJ-SP - AC: 11196886620198260100 SP 1119688-66.2019.8.26.0100, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 09/03/2021, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2021. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179516485/apelacao-civel-ac-11196886620198260100-sp-1119688-6620198260100/inteiro-teor-1179516507>. Acesso em: 03 jan. 2021.

SÃO PAULO, TJSP; Apelação Cível 1063214-75.2019.8.26.0100; Relator (a): Silvia Rocha; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/07/2021; Data de Registro: 29/07/2021. **JusBrasil**. 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1255409720/apelacao-civel-ac-10632147520198260100-sp-1063214-7520198260100>. Acesso em: 03 jan. 2021

SÃO PAULO, TJ-SP - AC: 10307242920218260100 SP 1030724-29.2021.8.26.0100, Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Data de Julgamento: 08/11/2021, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/11/2021. **JusBrasil**. 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1338010004/apelacao-civel-ac-10307242920218260100-sp-1030724-2920218260100>. Acesso em: 03 jan. 2021.

SÃO PAULO, TJ-SP - AC: 10081951620218260100 SP 1008195-16.2021.8.26.0100, Relator: Thiago de Siqueira, Data de Julgamento: 10/11/2021, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/11/2021. **JusBrasil**. 2021. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1320944601/apelacao-civel-ac-10081951620218260100-sp-1008195-1620218260100>. Acesso em: 03 jan. 2021.

SÃO PAULO, TJ-SP - AC: 10434763320218260100 SP 1043476-33.2021.8.26.0100, Relator: Luis Fernando Camargo de Barros Vidal, Data de Julgamento: 10/12/2021, 14ª Câmara de

Direito Privado, Data de Publicação: 10/12/2021. **JusBrasil**. 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1338581172/apelacao-civel-ac-10434763320218260100-sp-1043476-3320218260100>. Acesso em: 03 jan. 2021.

SCHREIBER, Anderson ... [et al.]. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência** /- 3.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**, São Paulo: Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: lei de introdução e parte geral**- v.1- 15. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 6ª ed. ver., atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 319-320.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade Civil**- 3. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil. Reponsabilidade civil**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, musicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais**. 2.ed.- Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021.