

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA - IDP
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - EDAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

JANE AZEVEDO CORTES

**HERANÇA DIGITAL: PERSPECTIVAS PARA A SUCESSÃO DO PATRIMÔNIO
*ON LINE***

BRASÍLIA

2022

JANE AZEVEDO CORTES

Herança Digital: Perspectivas para a Sucessão do Patrimônio *On Line*

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do Professor Dr. Osmar Mendes Paixão Côrtes apresentada para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2022

Herança Digital: Perspectivas para a Sucessão do Patrimônio *On Line*

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Banca Examinadora

Prof. Osmar Mendes Paixão Côrtes - Orientador

Prof. Fábio Lima Quintas - Avaliador Interno

Prof. José Flávio Bianchi - Avaliador Externo

BRASÍLIA

2022

“Nenhum de nós acredita que morre, o que é uma benção. A gente se porta a vida toda como se nunca fosse morrer, o que é muito bom. Porque se a gente for pensar na morte como uma coisa fundamental, inevitável e próxima, a gente vai perder o gosto de viver, vai perder o gosto de tudo. Eu digo isso procurando verbalizar uma inclinação que eu acho que é de todo mundo. A gente tem uma tendência a acreditar que não morre” (Ariano Suassuna).

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à minha UFJF (Universidade Federal de Juiz de Fora), que me proporcionou a descoberta e o interesse pelo Direito e pela pesquisa acadêmica.

Agradeço também ao Superior Tribunal de Justiça e, com carinho muito especial, à Ministra Nancy Andrighi, meu exemplo de profissional e estudiosa do Direito.

Agradeço à minha família, principalmente às mulheres guerreiras – minha mãe, avó, Dindaia e Tia Iza –, que formaram a minha essência pessoal e profissional.

Agradeço ao meu marido Eduardo, pela parceria de vida e companheirismo, e aos meus dois grandes amores, Dudu e Marina.

RESUMO

Atualmente, a dinâmica da vida online comporta boa parte das relações jurídicas estabelecidas entre particulares. Estas relações possuem características econômicas, morais, ou ambas, que geram bens e consequências jurídicas diretas quando o usuário da internet falece. Assim, a dissertação buscou compreender diversas situações inéditas e díspares criadas no espaço digital, que não autorizam um tratamento unitário eficaz para a “sucessão” do patrimônio digital. Partiu-se da contextualização da evolução do Direito Privado e do Direito Constitucional, bem como da possibilidade da interpretação constitucionalizada do Código Civil pela ausência de leis ordinárias que tratem da sucessão dos bens digitais até o momento e, da jurisprudência, para contribuir com as reflexões sobre as perspectivas da sucessão do patrimônio digital.

Palavras-chave: Internet; Herança Digital; Patrimônio Digital; Direito de Personalidade; Sucessão; Legislação; Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Currently, the dynamics of online life includes a good part of the legal relationships established between individuals. These relationships have economic, moral or both characteristics, which generate goods and direct legal consequences when the internet user dies. Thus, the dissertation sought to understand the numerous unprecedented and disparate situations created in the digital space, which do not authorize an effective unitary treatment for the "succession" of digital heritage. It started from the contextualization of the evolution of Private Law and Constitutional Law, as well as the possibility of the constitutionalized interpretation of the Civil Code due to the absence of ordinary laws that deal with the succession of digital assets so far and, from the jurisprudence, to contribute to the reflections on the prospects of succession of digital heritage.

Keywords: Internet; Digital Heritage; Digital Assets; Personality Right; Succession; Legislation; Dignity of human person.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - DEFINIÇÕES DE DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	377
---	-----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS.....	16
1.1. CONTEXTUALIZAÇÃO DA EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO	16
1.2. HISTORICIZANDO O DIREITO CONSTITUCIONAL	20
1.3. CONSIDERAÇÕES SOBRE O “DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL”	256
CAPÍTULO 2. DO PATRIMÔNIO JURÍDICO DIGITAL	322
2.1. PATRIMÔNIO DIGITAL ECONÔMICO	344
2.2. PATRIMÔNIO DIGITAL MORAL	355
CAPÍTULO 3. REGULAMENTAÇÃO DO USO DO MEIO DIGITAL E PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL	411
3.1. MARCO CIVIL DA INTERNET, LGPD (LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS) E EMENDA CONSTITUCIONAL 115 DE 2022.....	411
3.2. PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE REGULAMENTAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL	477
3.3. PROPOSTAS DOS TERMOS DE USO E PRIVACIDADE DAS PLATAFORMAS DIGITAIS: KINDLE, ICLOUD, GOOGLE, TWITTER E INSTAGRAM	522
CAPÍTULO 4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES.....	599
4.1. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DAS SUCESSÕES	599
4.2. DA SUCESSÃO DO PATRIMÔNIO DIGITAL	677
CAPÍTULO 5. A SUCESSÃO DO PATRIMÔNIO DIGITAL PELA JURISPRUDÊNCIA E PELO CENTRO DE ESTUDO JUDICIÁRIO DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL ...	755
5.1. A SUCESSÃO DO PATRIMÔNIO DIGITAL INTERPRETADA PELA JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRA 755	
5.2. A SUCESSÃO DO PATRIMÔNIO DIGITAL INTERPRETADA PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL	788
5.3. A SUCESSÃO DO PATRIMÔNIO DIGITAL INTERPRETADA PELO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL.....	80
CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	899

INTRODUÇÃO

A partir da constatação da evolução da internet e da sua influência direta e ilimitada sobre a sociedade do século XXI, o presente trabalho propõe o estudo sobre as perspectivas da sucessão do patrimônio jurídico digital à luz da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional vigente. Isto porque, por consequência do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação atual, notadamente da Internet, presenciamos a migração da vida real para o ambiente digital. Essa virtualização da realidade espalha efeitos importantes para o destino de “bens digitais” adquiridos em vida após a morte.

Em princípio, destaca-se que no surgimento da internet em meados dos anos de 1960, no ápice da Guerra Fria, a informação digital era produzida somente por um provedor ou um fornecedor de conteúdo, que foi originalmente criada para fins militares. Segundo Patrícia Peck Pinheiro:

Basicamente, tratava-se de um sistema de interligação de redes dos computadores militares norte-americanos, de forma descentralizada. À época, denominava-se “*Arpanet*”. Esse método revolucionário permitiria que, em caso de ataque inimigo a alguma de suas bases militares, as informações lá existentes não se perderiam, uma vez que não existia uma central de informações propriamente dita¹.

Em seguida, a tecnologia da ARPANet - *Advanced Research Projects Agency Network* - passou a ser utilizada para fins acadêmicos dentro das universidades americanas, o que provavelmente proporcionou o avanço da internet que hoje conhecemos e utilizamos.

A partir do final dos anos de 1980, a ARPANet foi empregada com fins comerciais e, posteriormente, substituída pela Internet. Na década de 1990, a expansão da internet (*inter-network* - entre redes) - e a criação da World Wide Web (www), fomentaram o crescimento da utilização de acessos e transmissão de informações, desde o correio eletrônico (e-mail) até a simples visualização do espaço multimídia disponibilizado pelos provedores.

Desta forma, podemos considerar que até a década de 1990 a internet era passiva, sendo utilizada apenas para consulta e busca de informações. As páginas da internet – sites ou sítios eletrônicos – possuíam conteúdo estático e havia mínima possibilidade de interatividade com os usuários. Funcionava como uma “grande lista telefônica”, “grande enciclopédia” ou uma “vitrine de propagandas” *on line*. Esta fase da internet se dá o nome de web 1.0 (ou internet vertical).

¹ PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 56.

No início dos anos 2000, na etapa da Internet Web 2.0 (ou Internet Horizontal), os provedores das plataformas concluíram que era fundamental para o desenvolvimento pleno da rede a participação efetiva dos usuários, e começou a chamada “utilização proativa da rede”². Desde então, foram incrementados serviços de propaganda, desenvolvidas inúmeras comodidades *on line* e “mercadorias virtuais”, instigado o comércio eletrônico e estimulada de forma ostensiva a produção de conteúdos diversos pelos próprios usuários.

Patrícia Peck Pinheiro confirma esses dados pois, segundo ela “a internet hoje tem mais de 800 mil *websites* e são criadas mais de mil *homepages* por dia”³.

Atualmente, a facilidade de acesso à internet por meio de smartphones, computadores ou tablets mudou a rotina das pessoas de todo o mundo, que se interrelacionam das mais diversas formas, independentemente da barreira geográfica, por e-mail, redes sociais, contas em bancos virtuais, compartilhamento de músicas, fotos, tutoriais de vídeos, filmes ou jogos, entre outros.

Esta intensa atividade *on line* origina, por consequência, “bens intangíveis” produzidos ou adquiridos no meio virtual classificados como “bens digitais” ou “ativos digitais”, ou como especificado pela comunidade internacional, “*digital assets*”, que formam o patrimônio digital de cada usuário.

De fato, a promoção de novos hábitos como a compra e armazenamento de “produtos” pela internet, a manutenção de blogs ou perfis das redes sociais como força de trabalho real, gera uma identidade digital ou uma “personalidade digital” que ainda não tem seu fim definido com a morte “física” do usuário.

Considerando que o Direito Civil rege todas as fases da vida humana, em um primeiro momento e sem a reflexão necessária, poderíamos cogitar que o destino dos arquivos digitais (fotos, vídeos, páginas ou conteúdo de redes sociais) seria o mesmo que é dado aos bens “do mundo analógico” pelas sucessões legítima ou testamentária estabelecidas pelo Código Civil.

Contudo, o princípio da *saisine*⁴, definido pelo art. 1.784 do Código Civil, parece não ser suficiente para a transmissão segura dos bens digitais, definidos por Bruno Zampier como

² . ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021. p. 31.

³ PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 63.

⁴ “Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine*, uma das regras fundamentais do Direito das Sucessões, tida por muitos juristas como verdadeiro *princípio jurídico sucessório*. Como anota Maria Helena Diniz, “com o óbito do hereditando, seus herdeiros recebem por efeito direto da lei (*sons saisis de plein droit*), as suas obrigações, a sua propriedade de coisas móveis e imóveis e os seus direitos. Adotado está o princípio da *saisine*, o direito de *saisina*, ou da investidura legal na herança, que irradia efeitos jurídicos a partir do óbito do *de cuius*”. In: TARTUCE, Flávio. Direito Civil – Direito das Sucessões – Vol. 6.7ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 11.

“fruto da verdadeira revolução tecnológica digital operada em nossa sociedade nas últimas décadas”⁵. Não obstante a promulgação do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2104) e da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), ainda não temos uma legislação própria que cuide da sucessão do patrimônio digital, como será apresentado ao longo da pesquisa.

Deveras, os bens digitais possuem características particulares e inerentes, como a valoração subjetiva do seu valor econômico ou moral. A satisfação da necessidade humana oriunda dos bens digitais pode ser estritamente econômica (obtida de forma onerosa ou produzida com o intuito de lucro financeiro direto), estritamente moral (fotografias, vídeos de família e amigos, textos, músicas, etc), ou de caráter dúplice – econômico e moral.

Nessa ordem de ideias, hoje, o instrumento de poder para as relações sociais em geral é a inclusão digital e suas consequências. Por isso, o nosso sistema jurídico fundado na *civil law* é obrigado a acompanhar essa nova realidade social com a frequente invocação de valores e princípios constitucionais, com destaque para o da dignidade da pessoa humana – cláusula geral que permite a tutela integral individual da pessoa.

Além disso, devido à inflexibilidade própria da *civil law*, justifica-se o fenômeno da funcionalização privada da Constituição Federal, que tem sido denominado de “constitucionalização do direito civil”, devido a interpretação dos institutos do direito privado à luz da centralidade da Constituição. Para Livia Teixeira Leal “o Código Civil perde para a Constituição a posição de centralidade da ordem jurídica privada, de modo que, hoje, é a partir dos valores e princípios constitucionais que se constrói a unidade do ordenamento jurídico”⁶.

Por essas razões, é necessária uma releitura do ordenamento jurídico para o entendimento sobre a sucessão dos “bens digitais”, que a doutrina vem tratando como “herança digital”, a partir desta nova posição ocupada pela Constituição nas relações privadas e pelo reconhecimento da ausência de legislação específica sobre o tema. Nesse sentido, Gustavo Santos Gomes Pereira afirma que

(...) a herança digital pode ser compreendida como essa mesma herança, tradicionalmente conceituada nos manuais de Direito Civil, só que com um objeto mais específico, qual seja, o patrimônio digital do falecido, incluídos aí arquivos como fotos, músicas, vídeos e livros, estejam eles armazenados na memória de um dispositivo informático ou em serviços de nuvem; sob certas

⁵ ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021.

⁶ LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ. 2020. p. 37.

condições, contas e páginas na internet, tais como blogs, e até mesmo perfis em redes sociais⁷.

Partindo desse conceito, ressalta-se que atualmente apenas o Facebook, maior rede social do mundo, possui quase 3 bilhões de pessoas como usuários ativos. E, durante o primeiro trimestre de 2021, 3.51 bilhões de pessoas usaram alguma vez no período de um mês o Facebook, o WhatsApp, o Instagram ou o Messenger⁸.

Segundo Klaus Schwab, “a revolução digital” pode ser considerada uma quarta revolução industrial, e, as inovações tecnológicas estão e continuarão revolucionando a sociedade em todo o mundo. Cita como exemplo que o Iphone foi lançado em 2007 e no final de 2015, menos de 10 anos depois, já eram 2 bilhões de *smartphones*. Por fim, o autor demonstra sua preocupação com a ruptura e a rapidez dos efeitos da “quarta revolução industrial” nos seguintes termos:

A quarta revolução industrial oferece à tecnologia uma parte predominante e onipresente de nossas vidas individuais, mas estamos apenas começando a entender como essa mudança tecnológica afetará nossos “eus” interiores. Em última análise, cabe a cada um de nós garantir que sejamos servidos e não escravizados pela tecnologia. No âmbito coletivo, também precisamos garantir que os desafios lançados sobre nós pela tecnologia sejam adequadamente entendidos e analisados. Somente assim poderemos ter certeza de que a quarta revolução industrial irá aprimorar nosso bem-estar, em vez de lhe causar danos⁹.

Constata-se, assim, o impacto da utilização da internet em todo o mundo e a utilização cada vez mais exclusiva do armazenamento de “riquezas” em “nuvens virtuais”, e sua consequência para o direito sucessório, que ainda é o principal ramo do direito que cuida das situações jurídicas após a morte.

Outrossim, no tocante ao que pode ou não compor a herança digital, é indispensável analisar a possibilidade da transmissão dos bens digitais com expressão econômica e insuscetíveis de expressão econômica. Essa diferenciação se faz necessária pois não é possível o tratamento sucessório uniforme destas duas categorias.

Os bens digitais com valor econômico atraem para si a tutela jurídica relativa ao direito de propriedade, integrando, em regra, a herança digital.

⁷ PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. Herança Digital no Brasil. Os impactos de sua proposta de tutela sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade. p. 41-42.

⁸ Disponível em <<https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-worldwide/>>. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁹SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 17-20 e 104-106.

Contudo, a possibilidade de transmissão de “bens digitais” de caráter “estritamente existencial” - o patrimônio digital moral - mesmo aos sucessores legítimos, é questionada, tendo em vista a consideração dos direitos da personalidade como a privacidade, a honra, a imagem e a intimidade. Não por outra razão, nosso Direito Sucessório considera que os direitos da personalidade são, em regra, insuscetíveis de transmissão hereditária.

Passando ao largo, neste momento, do debate acerca dos termos de condições de uso dos serviços e privacidade das empresas que disponibilizam as plataformas digitais, entende-se que o ponto determinante da transmissão dos bens de caráter “estritamente existencial” reside, com efeito, na proteção dos dados pessoais e na tutela dos direitos de personalidade do *de cuius*.

A complexidade das relações jurídicas no meio digital confronta o Direito posto a buscar soluções para conflitos que já chegaram aos nossos Tribunais e aos Tribunais estrangeiros, sendo necessário seu entendimento tanto no decorrer da vida como após a morte dos usuários do meio digital.

Inclusive, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, na IX Jornada de Direito Civil realizada entre os dias 19 e 20 de maio de 2022, aprovou o Enunciado 687 que trata da herança digital nos seguintes termos: “o patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo”. Mas o que estaria incluído neste “patrimônio digital”?

Ademais, destaca-se a preocupação da proteção dos dados pessoais no meio online, pois mesmo após o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), a Emenda Constitucional nº 115, de 2022 incluiu o inciso LXXIX ao art. 5º com a seguinte redação “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

Nesse contexto e sem a pretensão de esgotamento do tema, o objetivo deste estudo é analisar criticamente nosso quadro legislativo, com destaque para a Constituição Federal e o Código Civil, além dos cenários doutrinário e jurisprudencial, na tentativa de traçar perspectivas para o tratamento da sucessão do patrimônio *on line* após a morte do usuário da internet.

Para alcançar esse escopo, essencial uma breve revisão sobre a evolução do Direito Privado e do Direito Constitucional – que apresentam como ponto de convergência a proteção da dignidade da pessoa humana -, até a fase da constitucionalização das relações privadas e da consideração da possibilidade do “Direito Civil Constitucional”.

Em seguida, será esclarecido o que forma o patrimônio digital dos usuários da internet. E, a partir dos fundamentos do constitucionalismo contemporâneo sob à ótica de sua aplicação ao Direito Civil, o estudo prossegue com o exame da legislação sobre o meio digital (Marco

Civil da Internet, Lei Geral de Proteção de Dados e a EC 115 de 2022), das propostas legislativas para a regulamentação da herança digital e dos termos contratuais referentes aos usos das plataformas digitais.

Nos tópicos posteriores, serão expostas considerações sobre o Direito das Sucessões pertinentes ao tema da dissertação e sobre a herança digital, bem como a interpretação jurisprudencial e do Conselho da Justiça Federal sobre a sucessão do patrimônio digital.

Para viabilizar a pesquisa foram utilizados os métodos dedutivo e dialético de abordagem. A partir do entendimento da dinamicidade da realidade social causada pela evolução da internet, das premissas da constitucionalização dos direitos fundamentais e dos fundamentos do Direito das Sucessões estabelecido, foram apuradas as possibilidades da sucessão dos bens digitais.

Além disso, a análise crítica da doutrina jurídica, da legislação vigente e dos projetos de lei foi complementada pela verificação da atual jurisprudência sobre o tema, e contribuíram para a conclusão da pesquisa.

Como marcos teóricos da pesquisa, foram utilizadas as obras “Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional”, de Pietro Perlingieri; “Bens Digitais. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais”, de Bruno Zampier; e, “Internet e Morte do Usuário - Propostas para o Tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede”, de Livia Teixeira Leal.

CAPÍTULO 1. A Constitucionalização das Relações Privadas

O papel do Estado nas relações privadas sofreu substanciais mudanças desde o século XVIII até a configuração do Estado Social de Direito. Neste capítulo, serão contextualizadas a evolução paralela do Direito Privado e do Direito Constitucional, até a definição do “Direito Civil Constitucional”, para fundamentar a possibilidade da aplicação direta dos direitos fundamentais estampados na Constituição Federal nas relações privadas.

1.1. Contextualização da evolução do Direito Privado

O direito privado moderno é fruto das revoluções liberais dos séculos XVIII e XIX que decorreram da ruptura dos governos absolutistas, e, deram origem aos primeiros sinais do surgimento das classes sociais atuais. O objetivo da classe dominante à época era de afastar a intervenção do Estado nas relações privadas e, por isso, foi estabelecida a prioridade de “codificar” o Direito Civil, considerando o individualismo e o interesse puramente privado.

O Código Civil Napoleônico de 1804 marcou o início deste processo e, foi um exemplo clássico da normatização da nova lógica social no sentido da autonomia individual sem restrições, exercício pleno da liberdade, direito à propriedade privada e igualdade formal. A normatização do Direito Privado e o positivismo jurídico foram a solução encontrada para que o Estado conferisse aos seus integrantes a previsibilidade e, a certeza jurídica, a propósito das regras que regulamentariam a sociedade, pois, do contrário, o ordenamento jurídico não teria utilidade.

A Constituição da época e o Código Civil Napoleônico tornaram os espaços públicos e privados, respectivamente, equilibrados e equidistantes.

Pensando no cenário do nosso país, a primeira Constituição brasileira de 1824, em seu art. 179, n. 18, determinou que “se organizasse, o quanto antes, um Código Civil baseado na Justiça e na equidade”¹⁰.

A ideologia liberal orientava as regras do direito privado durante o século XIX, principalmente na Europa. A intervenção mínima do Estado para o desenvolvimento da liberdade e acumulação de riquezas relegou os interesses sociais ao segundo plano.

Contudo, a sociedade do século XX, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, pressionada pela conscientização que nem todos os problemas poderiam ser resolvidos na esfera

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 71.

particular, pelas incertezas da economia, imprevisão generalizada dos contratos e conflito entre as classes sociais, ressentiu-se da participação efetiva do Estado para resolver essas questões.

Nesta perspectiva, o Estado Liberal não foi capaz de pacificar os problemas sociais graves surgidos a partir de então. Após o fracasso do ideário liberal do século XIX, de intervenção estatal mínima, notadamente para garantia das regras e visão individualista e, também, patrimonialista do mundo, foi necessária uma nova percepção da função do Estado. Assim, o Estado passa, paulatinamente, a intervir nas relações privadas com o principal intuito de inibir a injustiça social presente na sociedade e, por essa razão, é denominado de Estado Social.

Nosso Código Civil de 1916, por exemplo, foi uma obra escrita no século XIX. Afirmava-se que o Código Civil brasileiro, como os outros Códigos de sua época, era a “Constituição do direito privado”. O direito público não interferia na esfera privada. Desse modo, assumia o Código Civil o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

O CC/16, sem diminuir a sua magnitude técnica, em sua crueza, é egoísta, patriarcal e autoritário, refletindo naturalmente, a sociedade do século XIX. Preocupa-se com o “ter”, e não com o “ser”. Ignora a dignidade da pessoa humana, não se compadece com os sofrimentos do devedor, esmaga o filho bastardo, faz-se de desentendido no que tange aos direitos e litígios pela posse coletiva de terras, e, o que é pior, imagina que as partes de um contrato são sempre iguais¹¹.

A intensificação das novas circunstâncias sociais e a dificuldade premente da tarefa legislativa em realizar uma reforma extrema e necessária no Código Civil de 1916, provocaram o movimento de “descodificação” das relações privadas, amplamente registrado em doutrina.

Leis especiais e estatutos alteraram a importância do papel do Código Civil que perde seu caráter de exclusividade na regulação das relações sociais e patrimoniais privadas. Cita-se, exemplificativamente, a Lei 6.515/77 (Lei do Divórcio); a Lei 8.245/91 (Lei do Inquilinato); o Decreto-Lei 911/69 (Alienação Fiduciária); a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); e a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Esse cenário de “microssistemas jurídicos” especiais conviveu com o projeto de reforma do Código Civil de 1916, que se concretizou com o Código Civil de 2002 após longos 33 anos de estudo e tramitação. Todavia, o novo diploma legal de 2002 também não foi capaz de suprir

¹¹GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Parte Geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 79.

os anseios e necessidades da sociedade contemporânea, em razão da distância entre o contexto político do início de sua idealização (1969) e sua conclusão (2002).

Porém, na esperança de uma vida útil mais longa, o Código Civil de 2002 foi validado em três princípios: i) eticidade – “busca de compatibilização dos valores técnicos conquistados na vigência do Código anterior, com a participação de valores éticos no ordenamento jurídico”¹²; ii) sociabilidade – reação ao individualismo e ao patrimonialismo do Código Civil de 1916, e; iii) operabilidade – extensão dos poderes do juiz de interpretar as normas.

Inclusive, do ponto de vista metodológico, considera-se como principais características do Código Civil de 2002: a) unificação do direito das obrigações e; b) adoção da técnica das cláusulas gerais. A primeira se fez sentir especialmente no Livro relativo ao direito das empresas; já a segunda tem particular relevância para o que nos interessa nesse trabalho.

A existência de cláusulas gerais revela uma atualização em termos de técnica legislativa e, promove um fôlego à força normativa do Código Civil de 2002. Em que pese o receio dos aplicadores do Direito quanto ao seu caráter subjetivo e, também, à discricionariedade atribuída ao intérprete, a ampla utilização da técnica das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados, associada a normas descritivas de valores, já eram utilizadas na experiência brasileira, como por exemplo no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor. Nesses termos, conforme doutrina de Judith Martins-Costa, podemos compreender que

Estas janelas, bem denominadas por Irti de “*concetti di collegamento*” com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de “standards”, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretrizes econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”¹³.

A título exemplificativo, podemos destacar como amostras de cláusulas gerais presentes no nosso Código Civil: i) a liberdade contratual restringida à sua função social (art. 421); ii) a

¹² GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 82.

¹³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

função social da propriedade (art. 1.228, §1º); iii) a boa-fé (arts. 113, 187, 422); iv) os bons costumes (art. 13 e 187), e; v) atividade de risco (arts. 927, parágrafo único). Destaca-se, todavia, que a sistemática das cláusulas gerais não é uma carta branca ao intérprete do Direito. O trabalho hermenêutico para sua aplicação deve ser limitado pelos postulados que emanam de todo o ordenamento jurídico e, principalmente, pelos valores e princípios estampados na Constituição.

Para Gustavo Tepedino, as cláusulas gerais “servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas”¹⁴. Já Flávio Tartuce esclarece, com precisão, que

Nunca é demais frisar que as cláusulas gerais que constam na atual codificação, seja ela material ou processual, a serem delineadas pela jurisprudência e pela comunidade jurídica, devem ser baseadas nas experiências dos aplicadores e dos julgadores, que também devem estar atualizados de acordo com os aspectos temporais, locais e subjetivos que envolvem a questão jurídica que lhes é levada a apreciação. Ilustrando, o aplicador do direito deve estar atento à evolução tecnológica, para não tomar decisões totalmente descabidas, como a de determinar o bloqueio de todos à Internet, visando proteger a imagem individual de determinada pessoa¹⁵.

Não por outra razão que o Código de Processo Civil de 2015 determina expressamente no art. 8º que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, preconizando no art. 11 que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Ou seja, a utilização das cláusulas gerais do Código Civil atual encontra regramento próprio na lei adjetiva, que condiciona a validade da decisão judicial a sua completa fundamentação. Assim, na atualidade, o próprio Código Civil admite a extensão dos conceitos gerais, por meio da interpretação fundamentada do julgador, para sua adaptação às situações jurídicas não regradas especificamente pela legislação existente. Nessa toada é a interpretação dada pelo STJ:

(...) Embora inseridas em Título do Código Civil referente aos “Contratos em Geral”, as cláusulas gerais dos arts. 421 (probidade e boa-fé objetiva) e 422 (função social do contrato), ambas de ordem pública e interesse social – portanto, diretrizes irrenunciáveis e inafastáveis a serem estritamente

¹⁴ TEPEDIDO, Gustavo (coord.). O Código Civil na perspectiva civil-constitucional. Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. pgs. 5.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Impactos, diálogos e interações. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 10/11.

guardadas pelos sujeitos e controladas pelo juiz -, possuem tripla natureza universal: iluminam o ordenamento jurídico por inteiro, afetando relações privadas e públicas; abraçam, além das modalidades contratuais puras, a multiplicidade inumerável de atos e negócios jurídicos, nessa tarefa complementando o instituto da interpretação, manejado pelo art. 113 do Código Civil, indo além de seu âmbito; recaem sobre o negócio jurídico em si, mas igualmente se estendem às fases a ele anterior e posterior¹⁶ (grifos nossos).

Dessa forma, ao intérprete do Direito Civil foi permitida a utilização da “técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de ‘standards’, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente”, como destacado por Judith Martins-Costa.

Ao fim e ao cabo, é o Direito Civil que rege as relações jurídicas entre os particulares e a possibilidade da adoção da técnica das cláusulas gerais, com efeito, contribui para solucionar as questões oriundas das novas demandas referentes à sucessão do patrimônio *on line*.

1.2. Historicizando o Direito Constitucional

O referido contexto histórico narrado para o Direito Privado também espalhou efeitos para o movimento do constitucionalismo. A ideia de uma Constituição sem proteção efetiva e, portanto, com valor jurídico de menor importância, durou na Europa continental até as crises do Estado liberal do final do século XIX e no início do século XX. O ideal do Estado liberal, que cuidava apenas da proteção individual, não respondeu satisfatoriamente as exigências da sociedade e surge, como já referido, o Estado Social.

Por essa nova perspectiva, a Constituição deve ser a norma fundamental em que se delinea e se define os processos de conformação da sociedade, das relações sociais e da própria ordem jurídica.

No Brasil, após o longo e conturbado período de ditadura militar, o novo Direito que a sociedade industrial produziu não poderia ser outro senão o Direito Constitucional do Estado Social. Conforme Paulo Bonavides, “a esse Direito o Brasil se prende como nunca desde o advento da Constituição de 1988”¹⁷.

A partir de então, a Constituição não foi mais considerada apenas um documento político que se restringe à organização político-administrativa do Estado. O *status* constitucional da personalidade humana passou a ser considerado como um valor jurídico que

¹⁶ AgInt no REsp 1.688.885/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 20/10/2020.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 338.

deve pautar, também, a compreensão do direito privado. Trata-se de uma alteração intrínseca quanto a interpretação das estruturas internas do Direito Civil.

Neste contexto, a constitucionalização dos direitos fundamentais do cidadão, dentro de um Estado de Direito Social, impactou as relações privadas. A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma reconstrução dogmática do ordenamento jurídico, a partir da consideração da dignidade da pessoa humana, como elemento principal para o seu entendimento integral.

Importante destacar, ainda, que a Constituição de 1988, no §1º do art. 5º, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, consagrando a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais. Ou seja, são reconhecidas pela doutrina majoritária i) a existência e a aplicação de direitos que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, e; ii) que as normas constitucionais que asseguram tais direitos têm aplicação imediata.

Em que pese parte minoritária da doutrina, que defende a mitigação da aplicação direta dos direitos fundamentais para a resolução de conflitos entre particulares por considerar “uma verdadeira ameaça à identidade do direito privado, que tem antigos e sólidos fundamentos históricos” e representar “inadequada restrição à autonomia privada”¹⁸, Otávio Luiz Rodrigues Júnior, considera o §1º do art. 5º da CF/88 como “uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais”¹⁹. Em complemento com essa mesma posição, Ingo Sarlet aduz que:

(...) retomando a evolução brasileira, marcante a influência do pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho, no sentido de que a garantia de uma eficácia social dos direitos fundamentais, como fenômeno complexo, exige a consideração coordenada de uma multiplicidade de aspectos fáticos e técnico-jurídicos, de tal sorte que somente uma metódica suficientemente diferenciada se revela apta a dar conta das diversas facetas do problema. Diante deste pano de fundo e partindo do pressuposto da existência tanto de uma convivência dialógica entre a vinculação dos órgãos estatais e dos particulares, quanto entre uma eficácia direta e indireta, seguimos sustentando que a resposta constitucionalmente adequada no caso do Brasil é no sentido de reconhecer uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também na esfera das relações privadas²⁰.

¹⁸ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os Direitos Humanos. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 18, n. 103, jul./ago. 2021. p. 59.

¹⁹ RODRIGUES Jr., Otavio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 333-334.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul./set. 2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>>. p. 19

Em outras palavras, defende-se que a possibilidade do fundamento da dignidade da pessoa humana poder ser utilizado diretamente em uma relação entre marido e mulher, contratantes ou entre empregado e empregador, em uma “subsunção direta às relações interprivadas”(...)“sem qualquer ponte infraconstitucional”²¹.

Desta maneira, o avanço da sociedade e da complexidade de suas relações causou a superação da dicotomia entre direito público e privado na Constituição Federal e, em consequência, provocou o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, com o regramento no texto constitucional de matérias, até então, relegadas à legislação civil ordinária. A observação de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho de que “não se pode entender o Direito Civil – em suas vigas fundamentais: o contrato, a propriedade e a família – sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional”²² é lapidar.

De acordo com Pietro Perlingieri, “a relação direta entre intérprete e norma constitucional tenta evitar o isolamento desta última do restante sistema normativo, confirmando a unidade do ordenamento e a consequente superação da tradicional contraposição entre público e privado”²³. De fato, a constitucionalização do Direito Privado insere a pauta valorativa da Constituição na interpretação das relações privadas, o que tende a uniformizar o tratamento de todo o ordenamento jurídico e gerar segurança jurídica.

Destaca-se, outrossim, que com a evolução dos valores sociais, tanto o exercício do direito de propriedade (art. 5º, XXII) – limitado ao respeito de sua função para a sociedade, como o direito de herança (art. 5º, XXX), foram consagrados no nosso texto constitucional como direitos fundamentais.

Entretanto, a eventual participação do Estado nas relações privadas não implica na completa “publicização” do direito privado, mas sim na necessidade de se atentar aos preceitos constitucionais que visem a promoção dos valores do Estado de Direito Social. Como citado, o inc. XXIII do art. 5º da CF/88, por exemplo, determina expressamente que “a propriedade atenderá a sua função social” e, estipula que o proprietário, para fruir plenamente o seu direito, deverá respeitar os novos paradigmas referentes à realização da pessoa humana no Estado de Direito Social.

²¹ TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Impactos, diálogos e interações. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 19.

²² In GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. p. 79.

²³ In PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Org.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 590.

Inovações importantes para a garantia e a tutela dos direitos fundamentais da personalidade como a honra, a imagem e a privacidade, também foram apresentadas na Constituição Federal de 1988. Foi a primeira no Brasil a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, dentre os quais se destaca como objetivo do Estado de Direito a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/88). Além disso, houve finalmente o reconhecimento de que os principais valores para a existência humana devem estar resguardados na Constituição e devem ser considerados para a promoção integral da dignidade da pessoa humana na sociedade.

Nesse cenário, a doutrina é pacífica ao considerar que a dignidade da pessoa humana é uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tanto que o Conselho da Justiça Federal aprovou o Enunciado 274, na IV Jornada, com a seguinte redação:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (2006)

A dignidade da pessoa humana é definida por Ingo Sarlet como:

(...) a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos²⁴.

Quanto à referida técnica da ponderação, para Flávio Tartuce, a inclusão do §2º do art. 489 do CPC²⁵ extrapolou a ponderação dos direitos fundamentais nos termos de Robert Alexy. Dessa forma, esclarece que “a ponderação constante do Novo CPC, denominada de ponderação à brasileira, é mais ampla, tratando de normas”²⁶.

Alexy defende, ainda, que "o procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação" no qual deve ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade. A ponderação

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2ª ed. rev. Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

²⁵ Art. 489, §2º do CPC: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

²⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. p. 87.

é, portanto, segundo o autor, integrante do chamado princípio da proporcionalidade, o qual é constituído por três fases: a) adequação (ou idoneidade); b) necessidade, e; c) proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)²⁷.

Por essa técnica, os princípios e os direitos fundamentais devem ser considerados e avaliados pelo aplicador do Direito para a resolução dos *hard cases*, que se configuram normalmente pela ausência ou conflito entre normas aplicáveis à hipótese levada a julgamento. De acordo com as circunstâncias da situação, o juiz deve apelar à razoabilidade e ao valor dos princípios e direitos fundamentais, para que possa encontrar uma solução justa que atenda os anseios da sociedade, tendo em vista que não lhe é permitido deixar de julgar conforme determina o art. 140 do CPC²⁸.

Portanto, a referida ponderação “à brasileira” deve levar em consideração as premissas básicas apontadas por Robert Alexy para aplicação dos princípios. A primeira determina que os direitos fundamentais possuem estrutura de princípios; a segunda define que “princípios com peso maior devem prevalecer sobre princípios com peso menor”; a terceira premissa defende a “máxima da proporcionalidade” na situação em que ocorra conflitos entre os princípios, e; por fim, a última estabelece que a decisão deve ser clara, objetiva e com fundamentos definidos sobre os motivos da prevalência de um princípio em detrimento de outro.

Do mesmo modo, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a eficiência da técnica da ponderação para solucionar choque entre princípios e normas, pois

(...) pode-se entender o § 2º do art. 489 do CPC/2015 como uma diretriz que exige do juiz que justifique a técnica utilizada para superar o conflito normativo, não o dispensando do dever de fundamentação, mas, antes, reforçando as demais disposições correlatas do Novo Código, tais como as dos arts. 10, 11, 489, § 1º, e 927²⁹.

Além disso, no mesmo julgamento, a 3ª Turma do STJ definiu que

apenas se configura a nulidade por violação do § 2º do art. 489 do CPC/2015 na hipótese de ausência ou flagrante deficiência da justificação do objeto, dos critérios gerais da ponderação realizada e das premissas fáticas e jurídicas que embasaram a conclusão, ou seja, quando não for possível depreender dos fundamentos da decisão o motivo pelo qual a ponderação foi necessária para solucionar o caso concreto e de que forma se estruturou o juízo valorativo do aplicador³⁰.

²⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 87-111.

²⁸ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

²⁹ REsp 1.765.579/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 12/02/2019.

³⁰ Idem.

O Supremo Tribunal Federal também reconhece a técnica da ponderação como instrumento de solução de conflitos de interesses lastreados na Constituição. No julgamento da ADI 4815/DF, pelo Pleno em 10/06/2015 (DJe de 01/02/2016), a Relatora Ministra Cármen Lúcia prestigiou a liberdade de expressão ao afastar a censura prévia das biografias não autorizadas no Brasil, sob o fundamento de que “a adoção do critério da ponderação para interpretação de normas e solução de casos nos quais são elas aplicadas não é inédita neste Supremo Tribunal Federal”³¹.

Nessa linha, apesar de o Direito Civil e o Direito Constitucional possuírem clara independência e funções primordialmente diferentes, a construção de novas balizas de aplicação da norma civil a partir da ordem constitucional têm contornos bem definidos, como bem descreve Marcelo Proença:

(...) sinteticamente se pode dizer que a constitucionalização do direito civil desempenha três tarefas precípuas: (i) potencializa a função do Texto Constitucional, agora revestido de eficácia normativa, que passa a constituir elemento irradiador dos valores que devem pautar a aplicação das normas ordinárias; (ii) norteia o intérprete do direito que se vê diante de cláusulas gerais, princípios e conceitos jurídicos indeterminados para os quais precisa buscar o exato significado, não podendo extraí-los pura e simplesmente da realidade social, sob pena de quebra de isonomia e segurança jurídica; e (iii) a Constituição passa a ser também norma de eficácia direta e imediata nas relações privadas, independentemente, em certas circunstâncias, da intermediação de uma norma ordinária³².

Assim, hoje, o princípio da dignidade da pessoa humana, declarado no art. 1º, III da Constituição Federal é o norteador para a interpretação dos direitos de personalidade - que como explanado, foram “regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil” – e, por essa razão, deve ser considerado primordialmente para o tratamento das relações privadas do meio digital.

1.3. Considerações sobre o “Direito Civil Constitucional”

A retratada superação da ramificação estanque entre Direito Civil e Direito Constitucional e o imprescindível diálogo entre esses os dois ramos do Direito para o tratamento das relações privadas fizeram surgir, para parte da doutrina, um novo caminho hermenêutico para uma visão integral do ordenamento jurídico, com vistas a solucionar os conflitos entre particulares: o “Direito Civil Constitucional”.

³¹ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308558531&ext=.pdf> p. 121.

³² FERNANDES, Marcelo Cama Proença. *Eficácia e Relatividade nas Coligações Contratuais*. Série IDP – Linha Pesquisa Acadêmica. 2014. p. 64.

O “Direito Civil Constitucional”, de Pietro Perlingieri, é adotado como um norte para a interpretação unitária do ordenamento jurídico nacional por Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloísa Helena Barboza, Paulo Luiz Netto Lôbo, Flávio Tartuce, Renan Lotufo, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Frederico Viegas de Lima.³³

Para o referido autor italiano, o Estado moderno não é caracterizado por uma relação de subordinação entre cidadão e Estado, mas por um “compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa”³⁴. Aqui, a tarefa do Estado não é impor à sociedade seus interesses, mas sim efetivar os interesses existenciais e individuais da pessoa por meio de sua atuação, pois o respeito à dignidade de cada pessoa humana interessa a toda sociedade justa e igualitária. Em outras palavras:

O próprio conceito de interesse público deve ser repensado: não é um interesse mais importante daquele privado, mas um interesse de todos ou de muitos, ou um interesse instrumental (ou intermediário), que deve ser satisfeito a fim de que outros interesses individuais sejam, por sua vez, satisfeitos. Um interesse da coletividade ou geral ou público não prevalece sobre aquele individual simplesmente porque é mais amplo: mais amplo não significa mais importante para o direito, mas somente mais geral, mais abstrato e, para o direito, a generalidade do interesse não deve ser confundida com a hierarquia dos valores³⁵.

Como o Direito Civil regula as relações privadas em um primeiro plano, sua interpretação segundo os princípios e fundamentos constitucionais reduz o afastamento entre o direito privado e o público em prol do bem-estar integral da pessoa. Com efeito, existem direitos civis que não encontram tutela ou reconhecimento pelo Direito Civil, mas podem ser protegidos efetivamente pelos princípios e direitos fundamentais estampados na Constituição.

Conforme discussão no item anterior, em que pese os entendimentos contrários³⁶, o §1º do art. 5º da CF/88 define que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, autorizando a possibilidade da aplicação direta dos direitos e garantias

³³In TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Impactos, diálogos e interações. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 14.

³⁴ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 54.

³⁵PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Org.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146.

³⁶ Leonardo Estevam de Assis Zanini e Odete Novais Carneiro afirmam que “Vale ainda notar que a eficácia horizontal direta mostra-se como um instrumento perigoso na medida em que cria a possibilidade de um ativismo judicial exacerbado, transformando decisões judiciais em direito positivo com a justificativa da eficácia direta dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, com a elevada carga de abstração de suas normas ligada à subjetividade própria de decisões fundadas somente em ponderações, não devem, por isso, ser diretamente aplicados nas relações civis. Se a opção fosse pela eficácia horizontal direta, restaria propiciado ao Judiciário uma atuação que deixaria de respeitar a autonomia dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), transformando-o em real Poder Legislativo paralelo.” Ob. citada, p. 64.

fundamentais nas relações privadas não regulamentadas expressamente pelas leis civis. Flávio Tartuce considera que

Por certo é que essa eficácia horizontal traz uma visualização diversificada da matéria, eis que as normas de proteção da pessoa previstas na Constituição Federal sempre foram tidas como dirigidas ao legislador e ao Estado (normas programáticas). Essa concepção anterior não mais prevalece, o que faz com que a eficácia horizontal seja interessante à prática, a tornar mais evidente e concreta a proteção da dignidade da pessoa humana e de outros valores constitucionais³⁷.

Inclusive, a doutrina que procura analisar o Direito Civil a partir da Constituição elegeu três princípios básicos para o Direito Civil Constitucional, assim sumariados: i) proteção da dignidade da pessoa humana; ii) a observação da solidariedade social, e; iii) respeito à isonomia ou igualdade *lato sensu*.

Sobre a proteção da dignidade da pessoa humana, além da sua consideração como “princípio dos princípios” (art. 1º, III da CF/88), frisa-se que a valorização da pessoa humana em detrimento da anterior e ultrapassada visão patrimonialista é a própria “personalização do Direito Civil”³⁸. Gustavo Tepedino afirma que

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento³⁹.

O art. 3º da CF/88 fixa como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I). Do mesmo modo, é expresso no art. 170 da CF/88 que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”, o que caracteriza a solidariedade social.

A igualdade, por sua vez, é estabelecida pelo art. 5º, *caput*, da CF/88: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos

³⁷ Ob. citada, p. 19.

³⁸ TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Impactos, diálogos e interações. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 16.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, Tomo I, p. 50.

estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Para isso, Daniel Sarmento afirma que

(...) mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados⁴⁰.

De fato, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais vem sendo reconhecida e, os princípios mencionados já foram utilizados como fundamentos em julgamentos do STJ para analisar relações privadas, no sentido de que

Em conformidade com o direito civil constitucional — que preconiza uma releitura dos institutos reguladores das relações jurídicas privadas, a serem interpretados segundo a Constituição Federal, com esteio, basicamente, nos princípios da proteção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia material —, o direito aos alimentos deve ser concebido como um direito da personalidade do indivíduo⁴¹.

Outrossim, o STF também vem aplicando os direitos fundamentais nas relações privadas, consoante as seguintes ementas:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM.

A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.

COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL.

Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. (RE 158.215/RS, 2ª Turma, DJ 07/06/1996) (grifou-se)

⁴⁰ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 297.

⁴¹ REsp 1.771.258/SP, 3ª Turma, DJe de 14/08/2019. No mesmo sentido: REsp 1.681.877/MA, 3ª Turma, DJe de 26/02/2019.

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS.

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO.

As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do

contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (RE 201.819/RJ, 2ª Turma, DJe de 27/10/2006) (grifou-se)

No RE 158.215/RS, a 2ª Turma do STF considerou como violação aos direitos fundamentais do direito de defesa e do devido processo legal, previstos constitucionalmente, a expulsão sumária de associado de uma cooperativa. O Ministro Celso de Mello, ao acompanhar o Ministro Gilmar Mendes, relator para o acórdão do RE 201.819/RJ acima citado, também reconheceu a impossibilidade de uma associação civil excluir compulsoriamente o associado, pois “a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição”.

No julgamento que afastou a censura prévia das biografias não autorizadas no Brasil, a Ministra Cármen Lúcia também declarou que

Atualmente, doutrina e jurisprudência reconhecem que a eficácia dos direitos fundamentais espraia-se nas relações entre particulares. Diversamente dos primeiros momentos do Estado moderno, no qual, sendo o ente estatal o principal agressor a direitos fundamentais, contra ele se opunham as normas garantidoras desses direitos, hoje não é permitido pensar que somente o Estado é fonte de ofensa ao acervo jurídico essencial de alguém. O particular não pode se substituir ao Estado na condição de deter o poder sobre outro a ponto de cercear ou anular direitos fundamentais⁴².

Pelo que foi exposto, os princípios do “Direito Civil Constitucional” – dignidade da pessoa humana, solidariedade social e tratamento isonômico – devem parametrizar a relação regida pelo Direito das Sucessões no meio digital, as novas exigências sociais relativas à proteção da família e ao exercício da propriedade pautado pela função social.

Destarte, é nessa conjuntura civil-constitucional que o intérprete do Direito exerce papel de conformação para a “reconstrução” do Direito Civil, na perspectiva dos direitos

⁴² ADI 4815/DF, Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 01/02/2016, p. 65.

fundamentais presentes na Constituição, para que os fatos sociais decorrentes da realidade digital, nos quais está inserida a sociedade atual, sejam analisados.

CAPÍTULO 2. Do Patrimônio Jurídico Digital

O conceito de Patrimônio Jurídico já foi estabelecido pela doutrina como “a soma dos bens titularizados por uma pessoa, sejam eles corpóreos ou incorpóreos, tendo natureza real ou obrigacional, desde que tenham alguma economicidade”⁴³. Com efeito, as clássicas noções de patrimônio jurídico evocam uma universalidade de bens e direitos com importância econômica.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, patrimônio jurídico engloba o “complexo de direitos reais e obrigacionais de uma pessoa, ficando de lado todos os outros que não têm valor pecuniário, nem podem ser cedidos, como os direito de família e os direitos puros de personalidade (por isso mesmo chamados “direitos extrapatrimoniais”)”⁴⁴. Mas acrescentam, citando muitos autores que admitem a existência de um patrimônio jurídico moral, que

Esta é a visão hoje assentada do instituto, reduzindo-o a uma avaliação pecuniária. Vislumbramos, porém, talvez em uma evolução semântica da expressão, que a noção de *patrimônio jurídico* poderá, em breve tempo, ser ampliada, para abranger toda a gama de direitos da pessoa, tendo em vista a crescente e visível evolução da tutela jurídica dos direitos da personalidade⁴⁵.

Assim, apesar de o art. 91 do Código Civil determinar que patrimônio “constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”, percebe-se a atualização pela doutrina deste conceito fundado na ideia obsoleta materialista com a possibilidade da inclusão do “patrimônio jurídico moral” na formação da “universalidade de direito”.

Por isso, ultrapassada a ideia de que patrimônio somente leva em consideração o conjunto de relações jurídicas dotadas de valor pecuniário, consideraremos como patrimônio digital a soma do “patrimônio moral digital” e do “patrimônio econômico digital”. E bens digitais como:

(...) bens imateriais representados por instruções codificadas e organizadas virtualmente com a linguagem informática, armazenados em forma digital, seja no dispositivo do próprio usuário ou em servidores externos como no caso de armazenamento em nuvem, por exemplo, cuja interpretação e reprodução se opera por meio de dispositivos informáticos (computadores, tablets, smartphones dentre outros), que poderão estar ou não armazenado no dispositivo de seu próprio titular, ou transmitidos entre usuários de um dispositivo para outro, acesso via download de servidores ou digitalmente na rede, e podem se apresentar ao usuário⁴⁶.

⁴³ ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021. p. 71.

⁴⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral, p. 323.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). Herança Digital. Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Editora Foco. 2021. p. 28.

Inclusive, o CJF, na última Jornada de Direito Civil, aprovou o enunciado 687 com a seguinte redação “o patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo”⁴⁷.

Ainda segundo a doutrina, os bens compreendem os objetos corpóreos ou materiais (coisas) e os ideais (bens imateriais). Para Francisco Amaral,

a utilidade e a possibilidade de apropriação conferem valor às coisas, transformando-as em bens. O conceito de bens pressupõe, assim, uma valoração e uma qualificação. Bem é tudo aquilo que tem valor e que, por isso, entra no mundo jurídico, como objeto de direito⁴⁸.

Por isso, a liberdade, a honra, a integridade moral, a marca, o ponto, a clientela, a imagem e a vida, por exemplo, são bens jurídicos, mas não são coisas. Em complemento, Venosa afirma que “as relações jurídicas podem ter como objeto tanto os bens materiais quanto os imateriais”⁴⁹.

Pietro Perlingieri define que para valorar os bens imateriais “é necessário, em concreto, verificar se eles têm uma utilidade socialmente e juridicamente merecedoras de tutela”, esclarecendo, ainda, que “essa utilidade social é medida pela presença de um interesse de um sujeito determinado ou de um interesse (ou melhor, de globais ordens de interesses) de terceiros ou da comunidade em sentido amplo”⁵⁰.

Em que pese a doutrina ainda classificar os bens em corpóreos e incorpóreos, nosso Código Civil não considera essas distinções, cuidando das duas modalidades no “Livro II – Dos Bens”. Apesar disso, remanesce a ideia de que as coisas corpóreas são objeto de compra e venda, já as incorpóreas, de cessão.

Neste contexto, podemos identificar a produção *on line* dos usuários da internet como patrimônio digital. Este como gênero e como espécies o “patrimônio digital moral” e o “patrimônio digital econômico”, tendo em vista a utilidade social e jurídica que possuem. Há que se registrar que o paradigma digital abrange uma gama de bens definidos, pelo seu caráter estritamente patrimonial, moral ou apresentando, simultaneamente, os dois aspectos.

Ressalte-se, ainda, que o conteúdo *on line* será sempre uma “informação digital” que poderá englobar um texto, uma imagem, uma música, um vídeo, podendo assim despertar “um

⁴⁷ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em 10/07/2022.

⁴⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 424.

⁴⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: parte geral. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 319.

⁵⁰ PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Org.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 963.

interesse de um sujeito determinado ou de um interesse (ou melhor, de globais ordens de interesses) de terceiros ou da comunidade em sentido amplo”, como define Perlingieri, sendo passível de tutela jurídica.

Por isso, a distinção dos bens digitais entre patrimoniais, morais ou de caráter dúplice – os bens digitais patrimoniais-morais – se faz urgente para a comunidade jurídica. Além disso, tal diferenciação é imprescindível para a definição da sucessão do patrimônio digital – “bens digitais”, “ativos digitais” ou “digital assets”.

2.1. Patrimônio Digital Econômico

De acordo com Bruno Zampier, os bens digitais podem se apresentar sob a forma de informações localizadas em um sítio da internet:

- i) em um correio eletrônico (todos os serviços de e-mail, tais como Yahoo, Gmail e Hotmail);
- ii) em uma rede social (Facebook, LinkedIn, Google+, MySpace, Instagram, Orkut, etc);
- iii) em um site de compras ou pagamentos (eBay e PayPal);
- iv) em um blog (Blogger ou Wordpress);
- v) em uma plataforma de compartilhamento de fotos ou vídeos (Flickr, Picasa ou Youtube);
- vi) em contas para aquisição de músicas, filmes e livros digitais (iTunes, GooglePlay e Pandora);
- vii) em contas para jogos online (como o World of Warcraft ou Second Life) ou mesmo em contas para armazenamento de dados (serviços em nuvem, como Dropox, iCloud ou OneDrive)⁵¹.

Em meio a esse conteúdo *on line*, podemos considerar que os bens digitais patrimoniais seriam caracterizados pela informação inserida na internet capaz de produzir repercussões econômicas imediatas: aquisição de filmes, músicas, livros, moedas virtuais, milhas aéreas, jogos na internet e seus artefatos, contas comerciais em redes sociais, o que atrairia a tutela jurídica relativa ao direito de propriedade. Ou seja, bens com aferição econômica visível.

São provenientes das relações jurídicas do usuário da internet que têm como pano de fundo uma função puramente econômica, passíveis de direta valoração em dinheiro e que objetivam diretamente o lucro ou a fruição de um serviço disponibilizado pelas plataformas digitais.

Estas relações devem ser tuteladas pelo art. 170 da CF/88, por estarem ligadas à realização da livre iniciativa e, como pressupõem aquisição, são, em princípio, transmissíveis pelas regras do Direito Sucessório.

⁵¹ ZAMPIER, op. cit. p. 63.

Neste viés, podemos considerar que os bens digitais, valorados economicamente e não adquiridos por meio de mera licença de uso, vão integrar a massa do espólio conforme as regras do Direito das Sucessões, pois devem fazer parte do patrimônio econômico digital do usuário falecido: milhas aéreas, downloads, *paypals* ou *criptomoedas*, por exemplo.

Como são passíveis de apropriação pela contratação do usuário na internet, são considerados uma propriedade imaterial ou incorpórea. Devendo, pois, gozar das mesmas proteções jurídicas constantes dos arts. 1.196 (posse) ou do 1.228 (propriedade) do Código Civil e, por este motivo, sua disposição também deve seguir o princípio da *saisine* do art. 1.784 do CC quando o titular dos bens digitais patrimoniais falecer.

2.2. Patrimônio Digital Moral

Em contraponto aos bens digitais com claro valor econômico, os morais podem ser conceituados como as informações de caráter pessoal, gradualmente inseridas na internet, capazes de gerar repercussões extrapatrimoniais. É necessário que esse “bem” possibilite a realização de uma função estritamente pessoal para o desenvolvimento da personalidade de cada usuário da internet no meio digital.

Os bens digitais morais “estão presentes de forma predominante no âmbito dos direitos da personalidade, em razão da sua ligação direta e imediata com a realização da dignidade da pessoa humana”⁵², conforme considerações de Ana Carolina Brochado e Lívia Teixeira Leal.

Esclarece Bruno Zampier que “os bens da personalidade como bens digitais existenciais” podendo ser considerados:

(...) A informação sem repercussão econômica poderá solicitar a proteção aos direitos da personalidade, nos termos expostos e aceitos por nosso ordenamento jurídico. Cada ser humano, a partir do momento em que se tornar usuário da Internet, terá a possibilidade de titularizar ativos digitais de natureza personalíssima. E esse movimento é altamente comum nos dias atuais, com a proliferação tantas vezes demonstrada neste estudo das redes sociais. O sujeito irá realizar o upload de fotos, vídeos, externar suas emoções, seus pensamentos, suas ideias, sua intimidade, com um número ilimitado de pessoas. Este conjunto de atributos extrapatrimoniais digitalizados ao longo do tempo, formaria a noção de bem tecnodigital existencial. Portanto, teriam essa natureza os arquivos de fotografias pessoais armazenados em nuvem ou redes sociais, os vídeos, com imagem-voz e imagem-retrato do próprio sujeito que estejam arquivados ou foram publicados, as correspondências trocadas com terceiros, seja por e-mail, seja por meio de outro serviço de mensagem virtual, dentre outros⁵³.

⁵² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (coord.). Herança Digital. Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Editora Foco. 2021. p. 32.

⁵³ ZAMPIER, op. cit., p. 116-117.

Assim, para Gustavo Santos Gomes Pereira, a “cláusula geral de todo e qualquer direito da personalidade é o respeito à dignidade da pessoa humana”⁵⁴. Com efeito, a proteção integral da pessoa exige, obrigatoriamente, a proteção da sua personalidade.

Rememorando o que já foi dito sobre o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e, agora o aplicando para a conformação do meio digital com a Constituição, a sua consideração como principal acepção para a utilização da Internet permite o integral desenvolvimento do seu usuário.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, quatro postulados afastariam a abstração para a aplicação do princípio em questão: i) o reconhecimento pelo sujeito moral da existência de outros sujeitos iguais a ele (igualdade); ii) esses outros sujeitos merecem o mesmo respeito à integridade psicofísica (integridade); iii) esses sujeitos são dotados de autodeterminação (liberdade), e; iv) são parte do grupo social (solidariedade social)⁵⁵. Em outras palavras, garantidas a igualdade, a integridade, a liberdade e a solidariedade social no meio virtual, os usuários da Internet são capazes de desenvolver integralmente sua personalidade com a produção do patrimônio jurídico moral.

Acrescenta-se, ainda, que além da efetivação das referidas garantias, a pessoa só desenvolve livremente sua personalidade quando sua privacidade está segura, ou seja, quando mantém o controle de suas próprias informações. Esse direito de autodeterminação informativa foi qualificado pelo Enunciado 404 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal nos seguintes termos:

A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas⁵⁶.

Assim, os direitos de personalidade, tratados nos arts. 11 ao 21 do Código Civil, têm como objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais. E, como destacado anteriormente, ao atual ordenamento jurídico brasileiro importa, sobremaneira, a tutela integral da pessoa e dos direitos da personalidade que lhe são inerentes.

⁵⁴ PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. *Herança Digital no Brasil*. Os impactos de sua proposta de tutela sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 71.

⁵⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLE, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Aldacy Rachid (Coord.) Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 116-117.

⁵⁶ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vjornadadireitocivil2012.pdf> p. 69. Acesso em 12 jul. de 2022.

Ademais, Bruno Zampier assevera que “todo direito da personalidade se qualifica constitucionalmente como um direito fundamental”⁵⁷.

Do mesmo modo, Flávio Tartuce explicita que “na visão civil-constitucional, assim como os direitos de personalidade estão para o Código Civil, os direitos fundamentais estão para a Constituição Federal”⁵⁸ e sumariza a definição de “direitos de personalidade” para:

Tabela 1 - Definições de Direitos da Personalidade

Direitos da Personalidade: conceituações	
Rubens Limongi França	“Direitos de personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim da sua projeção essencial do mundo exterior”.
Francisco Amaral	“Direitos de personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”.
Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho	“aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.
Maria Helena Diniz	“São direitos subjetivos da pessoa de defender o que é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social)”.
Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald	“Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica”.

Fonte: TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. p. 82-84. Elaboração própria.

⁵⁷ ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021. p. 105.

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. p. 82-84.

E, no meio digital, Livia Teixeira Leal pontua:

No âmbito da internet, a tutela dos direitos da personalidade adquire contornos diferenciados. Sobretudo os direitos à privacidade e à imagem, com o redimensionamento do espaço público/privado, passam por um processo de releitura, que deve ser considerado na solução para os mais variados casos que chegam ao Judiciário⁵⁹.

Considerando o limite traçado acima por Livia Teixeira Leal, de fato, podemos considerar que os direitos à privacidade e à imagem são os mais propensos à violação na hipótese de acesso ao patrimônio jurídico moral, sem o consentimento dos usuários da internet.

O art. 1º da recente Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD dispõe que a lei cuidará do “tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

De fato, as informações pessoais dos usuários na internet podem identificá-los nas esferas individuais privadas de sua vida, de modo que o seu tratamento, entendendo-se como tratamento também o acesso dos dados pela sucessão, pode violar sua identidade pessoal ou privacidade. Desta forma, os dados pessoais são expressões do íntimo da personalidade da pessoa, e por essa razão, devem ser observados o exercício do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio da dignidade humana e legítima autodeterminação informativa para o seu tratamento.

Nas redes sociais, por exemplo, o usuário cria um perfil com uma senha pessoal, para relatar experiências individuais ou em grupo, publicar fotos e vídeos, expor suas opiniões e interagir com quem as acessa.

Contudo, a heterogeneidade do conteúdo das redes sociais mescla o intuito de interação com a exposição pessoal para a obtenção de benefícios econômicos. A utilização da rede social é a forma clássica da transformação da disponibilização de conteúdos meramente pessoais para agregação de fins lucrativos pelo potencial de mídia gerado. De acordo com o site publicitarioscriativos.com⁶⁰, a evolução das redes sociais da vencedora do Programa Big Brother Brasil 21 da Rede Globo, Juliette, foi assim descrita:

⁵⁹ LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ. 2020. p. 47.

⁶⁰SANTOS, Alana. Juliette Freire: fenômeno das redes sociais. Disponível em<<https://www.publicitarioscriativos.com/juliette-freire-fenomeno-das-redes-sociais>>. Acesso em: 19/06/2022.

Antes do programa, o perfil da paraibana no Instagram, por exemplo, tinha pouco mais de 3 mil seguidores. No dia 31, após Juliette se livrar do paredão, esse número já alcançava a marca de 17,6 milhões, um crescimento vertiginoso, já que em uma semana ela ganhou mais de 2 milhões de seguidores. O trabalho feito pelo time de social media da advogada é tão consistente que, em pouquíssimo tempo, conseguiu com que a sister superasse o engajamento das *pop stars* Beyoncé e Anitta, duas celebridades mundialmente conhecidas. Outro exemplo, é que ao atingir a marca de 17 milhões de seguidores no Instagram, para celebrar o novo marco, como é de praxe, os administradores da página postaram uma arte com a foto da participante do BBB. Era um agradecimento da maquiadora usando como mote “16+1”. A publicação teve um boom de engajamento, pois os internautas identificaram a indireta ao presidente Jair Bolsonaro. 17 foi o número que elegeu o político nas urnas em 2018, talvez por isso não foi utilizado de forma explícita. Com engajamento superior à Kim Kardashian, socialite norte-americana e ícone das redes sociais no mundo, e quase 5% a mais de engajamento que Cristiano Ronaldo, famoso jogador de futebol português, que tem o maior número de seguidores no mundo, dentro do Instagram, hoje, o perfil de Juliette bateu mais um recorde. Em seis (6) minutos, uma de suas fotos superou a marca de 1 milhão de curtidas, marca alcançada anteriormente pela cantora americana Billie Elish. Esse frenesi não acontece somente no Instagram, a advogada e maquiadora (como Juliette se denomina) também possui números expressivos e acima de seis dígitos em outras redes sociais. No Tik Tok, por exemplo, são 3 milhões de seguidores, no Twitter 1,5 milhão e no Facebook mais de 200 mil. No Twitter, o nome da sister frequentemente está entre os trending topics (tópicos mais comentados).

Dessa forma, é possível supor que a visibilidade que os “influenciadores digitais” ou “youtubers”⁶¹ possuem nas redes sociais gera potenciais contatos e, por consequência, potenciais consumidores/interessados com mesmo perfil de hábitos ou preferências, que incrementam os lucros de qualquer empresa que obtivesse acesso a esse perfil para a divulgação de seus produtos ou serviços.

Uma iniciativa pessoal na internet, de abrir uma conta em uma rede social, pode tornar-se um grande negócio e transmutar seus bens estritamente “morais” em morais e econômicos. Com efeito, a imagem e a privacidade são deixadas em segundo plano pelos próprios usuários da Internet em vida.

Além disso, toda essa produção *on line* pelos usuários também transfere os conteúdos de importância cultural, histórica e intelectual para o meio digital, “os quais integram um

⁶¹ Conforme consta na página <https://www.infoescola.com/internet/youtuber/> “Youtuber” é o criador de conteúdo para a plataforma de compartilhamento de vídeos norte-americana *YouTube*. O primeiro *youtuber* foi Jawed Karim, co-criador do site, que publicou em 2005 um vídeo de 19 segundos com o título “Eu no zoológico” (Me at the Zoo), no qual caminhava observando animais. Naquele período, ser “youtuber” significava somente ter uma conta no site e fazer upload de vídeos simples. Um ano depois surgiu o primeiro *youtuber* brasileiro, Guilherme Zaiden. Ele fazia vídeos de teor cômico e entre suas criações destacaram-se as “Confissões de um emo”, a “Jesus te ama!” e a “Associação Brasileira de Vício ao Orkut”. A partir da segunda metade dos anos 2010, o YouTube apresentou cerca de 1,5 bilhão de utilizadores em escala global, público formado por assinantes e criadores de conteúdo. Com o aumento exponencial da plataforma e as políticas de monetização de vídeos, a atividade de *youtuber* tornou-se rentável e muitos usuários começaram a profissionalizar os seus canais.”

verdadeiro patrimônio digital de todo um povo”⁶². De fato, músicas, fotos, aulas, entre outros, disponibilizados online, podem extrapolar o interesse privado e serem do interesse público nacional ou até internacional. Sob essa perspectiva, o patrimônio digital moral também pode ser considerado estritamente privado ou de interesse público.

Nesse contexto, a criação de conteúdo no meio digital - vídeos, músicas ou fotos, por exemplo – poderia suceder aos herdeiros e estaria tutelada pelas regras do Direito Autoral que tratam da propriedade intelectual da pessoa.

Quanto ao Direito Autoral, adota-se no Brasil a teoria do direito pessoal-patrimonial quanto a sua natureza jurídica. Ou seja, o direito sobre as obras criadas, nelas incluídas as produzidas no meio digital, também teria duas categorias: a moral e a patrimonial. A moral retrata “um prolongamento da personalidade do homem criador” e a patrimonial, na qual o criador teria “de participar dos lucros obtidos pela exploração econômica da obra”⁶³.

Assim, é esse conteúdo postado na internet, por sua fluidez e indeterminação próprias, que provoca a dúvida sobre a possibilidade de sua sucessão ou não, pois a informação digital personalíssima sem repercussão econômica esbarra dos direitos da personalidade, notadamente como já recortado, o da privacidade e o de imagem.

Partindo das premissas que hoje possuímos bens digitais com valores puramente morais, as controvérsias quanto ao que deve ou não ser repassado aos sucessores do acervo digital do *de cuius* não se resolvem simplesmente pela consideração do caráter patrimonialista da herança. Tocam em direitos sensíveis da pessoa humana tais como a imagem e a privacidade.

⁶² SANTOS, Bruno Emanuel Silva Moreira. *A Herança Digital e a Transmissão de Conteúdo Digitais em Vida*. p. 85.

⁶³ MORAES, Rodrigo. *Os direitos do autor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 58.

CAPÍTULO 3. Regulamentação do Uso do Meio Digital e Propostas Legislativas de Regulamentação da Herança Digital

Neste capítulo serão detalhadas as iniciativas legislativas que objetivaram a regulação e a sistematização do meio digital bem como as propostas legislativas específicas para a regulamentação da sucessão do patrimônio digital.

Outrossim, serão apresentados e analisados os termos de uso e privacidade de algumas plataformas digitais que também definem o desfecho do patrimônio digital dos usuários da internet após a morte.

3.1. Marco Civil da Internet, LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) e Emenda Constitucional 115 de 2022

Como já mencionado, a sociedade do século XXI vem experimentando a migração da vida real para o mundo digital. Tal fato é inexorável e explicita nossa dificuldade em regulamentar a dinâmica dos atos e das condutas humanas do meio ambiente digital. Eduardo Tomasevicius Filho defende, inclusive, a existência de uma “terceira esfera da atuação humana”⁶⁴ além da pública e da privada: a esfera virtual, na qual estamos presentes na rede sem estarmos presentes fisicamente.

Apesar da referida possibilidade da construção de novas balizas para aplicação da norma civil a partir da ordem constitucional, a tendência de descodificação das relações privadas e a importância da “terceira esfera da atuação humana” no meio social provocaram a atuação do Estado na tentativa de alcançar a evolução tecnológica.

Assim, a ausência de uma lei específica que regulasse o uso da internet e a insegurança jurídica no tratamento das situações a ela relacionadas, instigaram o Poder Legislativo a tentar garantir e definir os direitos e obrigações dos seus usuários.

Em 2003, por meio do Decreto 4.829 de 03.09.2003, foi criado o Comitê Gestor da Internet no Brasil⁶⁵ - CGI.br - que tem como atribuição estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil e, diretrizes para a execução do registro de Nomes de Domínio, alocação de Endereço IP (Internet Protocol) e administração pertinente ao Domínio de Primeiro Nível “.br”.

⁶⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo*. Periódico Scielo. ESTUDOS AVANÇADOS 30 (86), 2016.

⁶⁵ <https://www.cgi.br/pagina/decretos/108/> Acesso em 08 jul. 2022.

O referido comitê também promove estudos, recomenda procedimentos para a segurança da Internet e propõe programas de pesquisa e desenvolvimento que permitam a manutenção do nível de qualidade técnica e inovação no uso da Internet. Por meio da Resolução 03, o Comitê Gestor da Internet no Brasil, reunido em sua 4ª reunião ordinária em 2009, aprovou os seguintes princípios para a utilização da Internet:

Liberdade, privacidade e direitos humanos: o uso da Internet deve guiar-se pelos princípios da liberdade de expressão, de privacidade do indivíduo e de respeito aos direitos humanos, reconhecendo-os como fundamentais para a preservação de uma sociedade justa e democrática;

Governança democrática e colaborativa: a governança da Internet deve ser exercida de forma transparente, multilateral e democrática, com a participação de vários setores da sociedade, preservando e estimulando o seu caráter de criação coletiva;

Universalidade: o acesso à Internet deve ser universal para que ela seja um meio para o desenvolvimento social e humano, contribuindo para a construção de uma sociedade inclusiva e não discriminatória em benefício de todos;

Diversidade: a diversidade cultural deve ser respeitada e preservada e sua expressão deve ser estimulada, sem a imposição de crenças, costumes ou valores;

Inovação: a governança da Internet deve promover a contínua evolução e ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso.

Neutralidade da rede: filtragem ou privilégios de tráfego devem respeitar apenas critérios técnicos e éticos, não sendo admissíveis motivos políticos, comerciais, religiosos, culturais, ou qualquer outra forma de discriminação ou favorecimento;

Inimputabilidade da rede: o combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos;

Funcionalidade, segurança e estabilidade: a estabilidade, a segurança e a funcionalidade globais da rede devem ser preservadas de forma ativa através de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e estímulo ao uso de das boas práticas;

Padronização e interoperabilidade: a Internet deve basear-se em padrões abertos que permitam a interoperabilidade e a participação de todos em seu desenvolvimento;

Ambiente legal e regulatório: o ambiente legal e regulatório deve preservar a dinâmica da Internet como espaço de colaboração⁶⁶ (grifos nossos).

Em 29 de dezembro de 2009, o CGI.br iniciou a primeira fase das consultas públicas para a definição do Marco Civil da Internet e, em 08 de abril de 2010, a segunda fase.

A Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet, regulamentada pelo Decreto 8.711/2016, levou mais de cinco anos para ser aprovada e se propôs a tutelar situações jurídicas no âmbito do uso da internet. Seus 32 dispositivos são divididos em cinco capítulos:

⁶⁶<https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003/> Acesso em 08 jul. 2020.

Disposições Preliminares, Direitos e Garantias do Usuário, Provisão de Conexão e de Aplicações de Internet; Atuação do Poder Público e Disposições Finais.

No art. 2º, traz os fundamentos do uso da internet no Brasil, com destaque para o respeito à liberdade de expressão. Acrescentando em seus incisos o reconhecimento da escala mundial da rede; os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade e o exercício da cidadania em meios digitais; a pluralidade e a diversidade; a abertura e a colaboração; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e a finalidade social da rede.

Desde sua tramitação, foram criadas expectativas na edição da Lei 12.965/2014 para a preservação da segurança jurídica no meio digital, tendo sido idealizada como “a constituição da internet”. Como foi a primeira lei do mundo a disciplinar direitos e deveres dos usuários da internet, sua divulgação se deu no Encontro Multissetorial Global Sobre o Futuro da Governança da Internet – NetMundial nos dias 23 e 24 de abril de 2014⁶⁷. Como esclarece publicação do Comitê Gestor da Internet no Brasil:

A iniciativa e a proposição do Marco Civil da Internet, que desde sua origem foi motivado por princípios estabelecidos pelo CGI.br, ganharam repercussão nacional e internacional, levando o Brasil a ocupar posição de destaque por sua organização de governança multissetorial e pela elaboração de um marco regulatório que definisse os princípios-chave da Internet, livre e aberta, e as regras de proteção ao usuário, conforme corroboram as inúmeras opiniões de figuras notáveis no contexto da Internet, como os internacionalmente conhecidos partícipes do início da Internet e da Web, Vint Cerf, Tim Berners-Lee e Steve Crocker⁶⁸.

Contudo, em que pese sua conveniência e importância, não esclareceu a destinação dos bens digitais após a morte dos usuários.

Assegura no art. 7º a “I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”; a “II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; e a “III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”, mas não determina nada específico sobre o destino do acervo digital das pessoas falecidas.

Por outro lado, relevante pontuar que apesar de não regulamentar particularmente a sucessão dos bens digitais, boa parte dos seus dispositivos conferiu proteção aos direitos da

⁶⁷ Disponível em <https://www.cgi.br/noticia/marco-civil-e-aprovado-com-base-nos-principios-de-governanca-e-uso-da-internet-do-cgi-br/403> Acesso em 08 jul. de 2022.

⁶⁸ Disponível em <https://www.cgi.br/publicacao/o-cgi-br-e-o-marco-civil-da-internet/> Acesso em 08 jul. de 2022.

personalidade, como intimidade e privacidade, reforçando a garantia já positivada na Constituição Federal.

Seguindo o rumo do Marco Civil da Internet, a recente Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018) ratifica a importância da privacidade na esfera digital bem como a necessidade da proteção dos dados pessoais dos usuários da Internet. Fundamenta-se no respeito à privacidade; na autodeterminação informativa; na liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; na inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; no desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; na livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor; e nos direitos humanos, no livre desenvolvimento da personalidade, na dignidade e no exercício da cidadania pelas pessoas naturais (art. 2º).

Destaca, outrossim, que o tratamento dos dados deverá observar a boa-fé e os princípios descritos no art. 6º, a saber:

- I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;
- II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;
- III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;
- IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;
- V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;
- 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;
- VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;
- VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;
- IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;
- 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.

No seu art. 7º, determina que o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado “mediante o fornecimento de consentimento pelo titular”, definindo “consentimento” no art. 5º, XII, como “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda

com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”, mas não esclarece se os sucessores do usuário falecido podem ou não fornecer esse consentimento; ou mesmo se o titular em vida poderia autorizar o tratamento dos seus dados após sua morte.

Dispõe ainda, no art. 11, que o tratamento de dados pessoais sensíveis somente ocorrerá mediante o consentimento do usuário, ou, sem seu consentimento, nas hipóteses do inc. II do art. 11. Todavia, novamente, não faz referência à possibilidade de “consentimento” quando falecido o usuário.

Desta maneira, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), apesar de representar um avanço no tocante ao tratamento dos dados pessoais que transitam pela internet, também não dispõe especificamente sobre o tratamento dos dados *on line* de pessoas falecidas.

Por fim, cita-se, pela pertinência ao tema, que a Emenda Constitucional nº 115, promulgada em 10 de fevereiro de 2022, incluiu o inciso LXXIX ao art. 5º com a seguinte redação “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.

A EC 115/22 foi originada na Proposta de Emenda à Constituição 17/2019, aprovada pelo Senado Federal em outubro de 2021. A aludida PEC ainda atribuiu à União as competências de organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, conforme determinado pela Lei Geral de Proteção de Dados, com a alteração dos arts. 21 e 22 da Constituição Federal.

A inclusão da proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais foi classificada pelo Presidente do Senado como “medida meritória” que reforça a segurança jurídica e favorece os investimentos em tecnologia no Brasil”, que também declarou na sessão solene de promulgação da EC/115:

Os dados, as informações pessoais pertencem, de direito, ao indivíduo e a mais ninguém. Sendo assim, cabe a ele, tão somente a ele, ao indivíduo, o poder de decidir a quem esses dados podem ser revelados e em que circunstâncias, ressalvadas as exceções legais muito bem determinadas, como é o caso de investigações de natureza criminal, realizada de acordo com o devido processo legal. As informações voam à velocidade da luz, e as novas tecnologias, como a revolucionária inteligência artificial, são capazes de prever e descrever comportamentos e interesses coletivos e individuais com grande precisão. Desse modo, faz-se imperativo na modernidade que tenhamos no Brasil um preceito com força constitucional que deixe muito patente nosso compromisso de nação com o valor inegociável do valor da liberdade individual. O Poder Legislativo da União deve ser exaltado, hoje, por cumprir sua função institucional de oferecer ao nosso país uma legislação moderna e eficiente,

destinada a regular o uso que se faz das tecnologias avançadas, com respeito à liberdade dos cidadãos. Esse é o espírito da Constituição Federal⁶⁹.

A positivação constitucional do direito à proteção de dados acompanha a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações sobre a inconstitucionalidade da Medida Provisória 954/2020 – que autorizava o compartilhamento de dados dos usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia da COVID pela impossibilidade da realização das visitas domiciliares como de costume.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADI foram propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (ADI 6387), pelo Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB (ADI 6388), pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB (ADI 6389), pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL (ADI 6390) e pelo Partido Comunista do Brasil - PCdoB (ADI 6393).

Entre outros argumentos, eles alegam que a MP, ao obrigar as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar ao IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, viola os dispositivos da Constituição Federal que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados⁷⁰.

A relatora Ministra Rosa Weber, ao suspender a eficácia da MP 954/2020, teve o seguinte entendimento referendado pelo Plenário do STF em 07 de maio de 2020:

A necessidade de tutela do direito fundamental à proteção de dados pessoais, a teor do artigo 5º, XII, da CF, que assegura a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, ressalvada a relativização, nessa última hipótese, mediante ordem judicial e para fins de persecução penal.

Portanto, a EC 115/2022 não inovou no ambiente jurídico, apenas conferiu status constitucional à proteção de dados já normatizada pela Lei Geral de Proteção de Dados. Tornou mais explícita a importância da proteção dos dados pessoais, inclusive “no meio digital”.

⁶⁹ Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/10/promulgada-emenda-constitucional-de-protecao-de-dados> Acesso em 08 jul. de 2022.

⁷⁰ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1> Acesso em 08/07/2022.

3.2. Propostas Legislativas de Regulamentação da Herança Digital

Paralelamente ao Marco Civil da Internet e à LGPD, desde 2012 foram apresentados vários projetos de lei⁷¹ que visam a regulamentação da sucessão do acervo digital dos usuários da internet no Brasil, ainda sem resposta definitiva pelo Poder Legislativo.

A partir da noção de que “é garantido o direito à herança” (art. 5º, XXX, da CF/88), as sugestões legislativas visam, em regra, a inclusão de dispositivos legais no Livro V do Código Civil que cuida do Direito das Sucessões.

O PL 4.099/2012⁷², arquivado pelo fim da 55ª Legislatura, propunha, de maneira absolutamente genérica, a inclusão de um parágrafo único no art. 1.788 do Código Civil com a seguinte redação:

serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”. Justificava-se a inclusão pela necessidade de a lei civil acompanhar a evolução tecnológica presente na sociedade, e para que ficasse “claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais.

Por sua vez, o PL 4.847/2012 pretendia o acréscimo do “Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C” ao Código Civil. Definiu “herança digital” como “o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual, nas condições seguintes: I – senhas; II – redes sociais; III – contas da Internet; IV – qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido”. Trazia a previsão da transferência causa mortis de todo o conteúdo do *de cuius* aos herdeiros legítimos, caso não houvesse testamento. Apresentava como justificativa “assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram”⁷³.

O PL 4.847/2012 foi apensado ao PL 4.099/2012. As duas propostas se fundaram no direito sucessório, sem realizar qualquer análise mais aprofundada sobre a natureza dos direitos que seriam sucedidos, se econômicos ou não. Ainda foram apresentados e arquivados os PL 8.562/2017 apensado ao PL 7.742/2017, com redações similares ao PL 4.847/2012.

⁷¹ **PL 4099/2012**, de iniciativa do Deputado Jorginho Mello (PSDB/SC); **PL 4847/2012**, de iniciativa do Deputado Marçal Filho (PMDB/MS); **PL 8562/2017**, de iniciativa do Deputado Elizeu Dionísio (PSDB/MS); **PL 7742/2017**, de iniciativa do Deputado Alfredo Nascimento (PR/AM); **PL 5820/2019**, de iniciativa do Deputado Elias Vaz (PSB/GO); **PL 6468/19**, de nova iniciativa do Deputado Jorginho Mello (PL/SC); **PL 3050/2020**, de iniciativa do Deputado Gilberto Abramo (Republicanos/MG); e **PL 1689/2021**, de iniciativa da Deputada Alê Silva (PSL/MG).

⁷² Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01qa6mx8kduokhp1jdcg0nu7d35559953.node0?codteor=1004679&filename=PL+4099/2012. Acesso em 08 jul. de 2022.

⁷³ Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1049733&filename=PL+4847/2012. Acesso em 08 jul. de 2022.

O PL 5.820/2019 pretende alterar a redação do art. 1.881 do Código Civil, acrescentando a possibilidade de disposições sobre a sucessão de bens por meio digital e pelo codicilo⁷⁴. Classifica a herança digital como “vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem”⁷⁵. Foi encaminhado para apreciação do Senado Federal em 08 de fevereiro de 2022.

Proposição idêntica ao PL 4.099/2012, que pretendia a inclusão de um parágrafo único no art. 1.788 do Código Civil, foi apresentada por meio do PL 6.468/19, que também está em tramitação no Senado Federal.

O PL 1689/2021, que tramita apensado aos PLs 3050/2020, 3051/2020, 410/2021, 1144/2021, 2664/2021 e 703/2022, apresenta essas razões para sua promulgação:

(...) propomos alteração do Código Civil para incluir expressamente na definição de herança os direitos autorais, os dados pessoais e as publicações e interações do falecido em redes sociais e outros sítios da internet, ou seja, nos chamados provedores de aplicações de internet, definidos pelo Marco Civil da Internet. A expressão “provedores de aplicações de internet” abrange melhor todo o acervo digital da pessoa, contemplando redes sociais, arquivos na nuvem, contas de e-mail, entre outros.

Nesse sentido, fica estabelecido que o sucessor legal possui direito de acesso à página pessoal do de cujus, mediante apresentação de atestado de óbito. O direito só não incidirá se houver vedação disposta pelo falecido em testamento, indicando que deseja que suas informações permaneçam em sigilo ou sejam eliminadas.

O sucessor pode, então, optar por manter ou editar as informações digitais do falecido ou mesmo por transformar o perfil ou página da internet em memorial em honra do *de cujus*.

Em caso de falecimento em que não haja herdeiros legítimos, o provedor de aplicações de internet deverá eliminar o perfil, publicações e todos os dados pessoais do falecido, desde que seja informado da morte e lhe seja apresentado atestado de óbito.

Determinamos, também, que é possível ao testador incluir em seu testamento os direitos autorais, os dados pessoais e as demais publicações e interações que estejam em provedores de aplicações de internet. Com exceção do testamento público, que deve ser lavrado em cartório, preceituamos que os testamentos cerrado e particular e os codicilos serão válidos em formato eletrônico, quando assinados digitalmente com certificado digital pelo testador, na forma da lei.

⁷⁴ O codicilo está definido pelo art. 1.881 do Código Civil que dispõe que “toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal”.

⁷⁵ Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019 Acesso em 08 jul. de 2022.

Deixamos claro, outrossim, que as publicações feitas em provedores de aplicações de internet constituem direitos patrimoniais do autor, para fins da Lei de Direitos Autorais⁷⁶.

O citado PL 1689/2021 está em trâmite na Câmara Federal e sugere a fixação de regras para provedores de aplicações de internet procederem em relação a perfis, páginas, contas, publicações e dados pessoais de usuários falecidos. Propõe a inclusão de dispositivos sobre o tema no Código Civil (arts. 1.791-A, 1.863-A e §3º ao art. 1.857) e na Lei de Direitos Autorais (alterando a redação do art. 41), nos seguintes termos:

Art. 1.791. A) Incluem-se na herança os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do falecido em provedores de aplicações de internet.

§ 1º O direito de acesso do sucessor à página pessoal do falecido deve ser assegurado pelo provedor de aplicações de internet, mediante apresentação de atestado de óbito, a não ser por disposição contrária do falecido em testamento.

§ 2º Será garantido ao sucessor o direito de, alternativamente, manter e editar as informações digitais do falecido ou de transformar o perfil ou página da internet em memorial.

§ 3º Morrendo a pessoa sem herdeiros legítimos, o provedor de aplicações de internet, quando informado da morte e mediante apresentação de atestado de óbito, tratará o perfil, publicações e todos os dados pessoais do falecido como herança jacente, consignando-os à guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.

Art. 1.857. § 3º A disposição por testamento de pessoa capaz inclui os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do testador em provedores de aplicações de internet.

Art. 1863-A O testamento cerrado e o particular, bem como os codicilos, serão válidos em formato eletrônico, desde que assinados digitalmente com certificado digital pelo testador, na forma da lei.”

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor, incluindo suas publicações em provedores de aplicações de internet, perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.”

A título de conhecimento e comparação, a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital- Lei 27 -, promulgada em 17 de maio de 2021, declara:

Artigo 18º Direito ao testamento digital.

1 - Todas as pessoas podem manifestar antecipadamente a sua vontade no que concerne à disposição dos seus conteúdos e dados pessoais, designadamente os constantes dos seus perfis e contas pessoais em plataformas digitais, nos termos das condições contratuais de prestação do serviço e da legislação aplicável, inclusive quanto à capacidade testamentária.

⁷⁶ Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2003683> Acesso em 04 nov. de 2021.

2 - A supressão póstuma de perfis pessoais em redes sociais ou similares por herdeiros não pode ter lugar se o titular do direito tiver deixado indicação em contrário junto dos responsáveis do serviço⁷⁷.

Nos Estados Unidos, levando-se em conta a autonomia legislativa dos Estados e, apesar da adoção do sistema da *common law*, os estados começaram a elaborar e aprovar suas próprias leis relativas ao acesso e controle de ativos digitais de usuários falecidos desde o ano de 2000. Destaca-se, exemplificativamente, que desde 2012 nos Estados de Nebraska e Nova York, se discute a aprovação de projetos de lei que permitem ao representante legal do falecido assumir o controle, continuar ou encerrar qualquer conta do usuário morto em redes sociais, microblogs, sites em geral ou serviços de e-mail, a menos que haja manifestação contrária em testamento ou ordem judicial⁷⁸.

Ademais, existem nos Estados Unidos legislações estaduais que não respeitam os termos de uso dos serviços disponíveis na internet. Em Massachusetts, há uma lei que permite ao herdeiro ou familiar ter acesso ao e-mail do usuário falecido, mesmo que assim não permita os termos de uso da plataforma digital. Somente em caso de existência de prévia manifestação do de cujus, não se dá acesso aos herdeiros. Do mesmo modo, no Estado de Delaware, transmitem-se os bens digitais aos herdeiros, incluindo o acesso a conta do Facebook, apesar de constar a proibição da transferência da propriedade nos termos de uso.

Na Itália, o Decreto Legislativo nº 101 de 2018, conforme o Regulamento Geral de Proteção de Dados, regulou a herança digital. O art. 2º do referido Decreto que trata da morte digital definiu que:

(...) os direitos de pessoas falecidas podem ser exercidos por um indivíduo que age de acordo com os seus próprios interesses para salvaguardar os direitos daqueles, como um agente ou um membro da família, salvo quando existente proibição expressa em sentido contrário, como um testamento, que inclusive prevalece sobre as cláusulas constantes dos termos de uso firmado com as plataformas⁷⁹.

Na Espanha, através da Ley Organica 3/2018 (Ley de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales), que alterou a anterior lei de proteção de dados, observa-se que a legislação:

⁷⁷Disponível em https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/Educacao_Carta-Portuguesa-de-Direitos-Humanos-na-Era-Digital.aspx Acesso em 08/07/2022.

⁷⁸ PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. Herança Digital no Brasil. Os impactos de sua proposta de tutela sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 94-98.

⁷⁹ GARCIA, Fernanda Mathias de Souza Garcia. Herança Digital - O Direito Brasileiro e a Experiência Estrangeira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 76.

(...) estabeleceu a legitimidade dos herdeiros do titular falecido para gerirem a herança digital, exceto se houver uma determinação testamentária em sentido contrário. O art. 96 desta citada lei espanhola, em longo regramento, estabeleceu expressamente o Direito ao Testamento Digital”⁸⁰.

As pessoas comprovadamente vinculadas ao falecido podem requerer às plataformas o acesso dos conteúdos digitais, bem como fornecer instruções para sua utilização, destino ou eliminação.

Voltando os olhos a nossa realidade, o Marco Civil da Internet, bem como a LGPD – leis promulgadas sobre o uso da internet no Brasil – não fazem referência ao destino dos bens digitais dos usuários falecidos como as de Portugal e de alguns estados dos Estados Unidos, da Itália e da Espanha.

E, da análise das várias proposições de Projetos de Lei, verifica-se que elas pecam pela generalidade e falta de inovação sobre o tema. Apenas tentam adaptar os institutos jurídicos do sistema de sucessão do Código Civil, bem como não fazem qualquer diferenciação entre os bens digitais econômicos e os morais. Se constata que nossos legisladores consideraram a sucessão dos bens digitais exclusivamente sob a ótica patrimonial e buscam, primordialmente, a defesa do direito de herança dos familiares.

Prima facie, ignoraram a complexidade que envolve as relações jurídicas *on line*, especialmente no que se refere aos bens digitais deixados pelo autor da herança de caráter estritamente existencial⁸¹.

Inclusive, sobre o tema, destaca-se a crítica particular de Pietro Perlingieri⁸² no sentido de que:

É preciso uma mudança de tendência e de qualidade na produção legislativa especial, que abandone a ambição de atuar as grandes reformas incidindo sobre as relações individuais, concretas e “ocasionais” – fontes de injustiças substanciais e de mal-costume político –, mas que tenha na mira opções de base coerentes com os valores constitucionais (...)

A despeito das ideias propostas no nosso Poder Legislativo, como ainda é o nosso Direito das Sucessões posto que define as situações jurídicas após a morte, fica evidente a

⁸⁰ ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021. p. 233.

⁸¹ “Os dados inseridos no ambiente virtual podem identificar a pessoa e, a partir daí, ela receber determinado tratamento pela coletividade que ameaça o livre desenvolvimento de sua personalidade, como preferências manifestadas em aplicativos de relacionamentos, informações médicas colhidas por bancos de sangue, dados de utilização de estimuladores eletrônicos, cuja divulgação claramente atinge a privacidade de seus titulares”. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). Herança Digital. Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Editora Foco. 2021. p. 33.

⁸² PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 52.

necessidade de sua abordagem à luz da Constituição para melhor definição das situações jurídicas *on line* após o falecimento dos usuários da Internet.

3.3. Propostas dos Termos de Uso e Privacidade das Plataformas Digitais: Kindle, iCloud, Google, Twitter e Instagram

De acordo com o art. 5º, parágrafo IV do Marco Civil da Internet, é o administrador de sistema autônomo, pessoa física ou jurídica, “que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP” geograficamente referentes ao Brasil. Patrícia Peck Pinheiro define a importância dos “provedores de acesso”:

É que os provedores de acesso não são apenas empresas prestadoras de serviço. São os grandes aglutinadores do mundo digital, responsáveis pela abertura das portas de entrada dos usuários na rede. Isso significa que muitas das soluções jurídicas que poderiam ser desenhadas para aumentar a proteção de valores sociais e das relações interpessoais na rede têm seu início nos provedores e podem ser mais bem controlados por meio deles⁸³.

Ante a ausência ou incipiente legislação sobre a sucessão do patrimônio digital, grandes plataformas como Kindle, Apple, Facebook, Instagram, Twitter e Google oferecem aos seus usuários “formulários” que fazem o papel de verdadeiros “testamentos digitais”, que lhes possibilitam definir o destino dos bens digitais.

Beneficiando-se da referida dúvida, os provedores de acesso que “hospedam” as redes sociais e a produção de conteúdo digital apresentam termos de uso dos seus serviços e políticas de privacidade para aceitação expressa pelos seus usuários que, normalmente, não respeitam as regras sucessórias.

Como será visto no próximo tópico, excetuando as relações jurídicas personalíssimas, os herdeiros sucedem o *de cuius* nos direitos pessoais e reais. Estes termos de serviço e políticas de privacidade vem, normalmente, sendo utilizados em que pese eventual abusividade, ou mesmo ilegalidade, ao não considerarem as leis que tratam da sucessão, ou mesmo quando “proíbem” a sucessão de determinados conteúdos caso o autor da herança não tenha se manifestado expressamente em vida.

Adotam, assim, uma configuração “de contrato personalíssimo”, ao não permitir a transferência do acesso aos herdeiros sobre o conteúdo do usuário falecido nas situações em que não houve sua manifestação expressa sobre o destino do seu patrimônio digital após sua

⁸³ PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021. p. 137.

morte. Não consideram que o acervo digital é de titularidade do usuário falecido e as possibilidades da sucessão nos termos legais.

São geralmente contratos de adesão, nos quais o usuário é colocado em uma posição de desvantagem em decorrência da impossibilidade de discutir ou modificar o substancialmente seu teor⁸⁴. São contratos bilaterais, atípico e sinalagmáticos (para usar a plataforma digital o usuário autoriza o uso dos seus dados).

O Kindle, por exemplo, leitor de livros digitais da Amazon, estipula em seus termos de uso:

Mediante o download ou acesso de Conteúdo Kindle e o pagamento de todas os valores aplicáveis (incluindo impostos), o Provedor de Conteúdo concede a você o direito não exclusivo de visualizar, utilizar e exibir este Conteúdo Kindle de forma ilimitada (para Conteúdo de Assinatura, somente pelo período que você permanecer como um membro ativo de um programa ou assinatura), unicamente por meio de um Aplicativo Kindle ou conforme permitido como parte do Serviço, unicamente no número de Dispositivos Compatíveis especificados na Loja Kindle, e apenas para uso pessoal e não comercial. Todo Conteúdo Kindle é apenas licenciado pelo Provedor de Conteúdo, não sendo vendido. O Provedor de Conteúdo poderá incluir termos adicionais para utilização de seu Conteúdo Kindle⁸⁵ (grifos nossos).

O Kindle é um entre os mais diversos tipos de comércio eletrônico disponíveis na internet e, atualmente, não há dúvida que nossa sociedade inserida no meio digital se familiarizou com a desmaterialização física dos produtos. Hoje, em vez de comprar um livro, assinamos e concordamos com os termos de uso do banco de dados das plataformas digitais, por meras licenças de uso ou por meio dos *downloads*. Também procedemos assim com relação a filmes e músicas.

A consequência da contratação do download ou da mera licença de uso dos provedores de acesso⁸⁶ geram diferentes consequências quando o contrato é encerrado em vida ou pela morte do usuário. Geralmente, todos os produtos adquiridos pela licença de uso não serão mais acessíveis e os *downloads* entram na esfera de domínio do contratante.

Além disso, a condição de “permanecer como um membro ativo de um programa ou assinatura” é nebulosa quanto à possibilidade de sucessão dos *downloads* pelos herdeiros. Em

⁸⁴ Art. 54, CDC: Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

⁸⁵ Disponível em <https://www.amazon.com.br/gp/help/customer/display.html?nodeId=201014950>. Acesso em 19 jun. de 2022.

⁸⁶ Art. 5º, IV do Marco Civil da Internet – Lei 12.965/14: administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País.

uma leitura inicial podemos considerar que essa condição impede a sucessão, pois o falecido não será mais, pessoalmente, “um membro ativo de um programa ou assinatura”.

Os termos de serviço iCloud da Apple⁸⁷, que exerce a função de arquivo dos mais diversos conteúdos dos usuários da internet, estabelece expressamente:

Não Existência de Direito de Sucessão: A menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos a seu ID Apple ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser encerrada e todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado. Contate o Suporte iCloud através de <https://support.apple.com/pt-br/icloud> para mais assistência. (grifos nossos).

As previsões de impossibilidade de transferência com a morte e o encerramento da conta com o descarte de todo o conteúdo do iCloud têm inegável potencial para divergências de entendimento e duvidosa legalidade. O conteúdo armazenado nestes espaços digitais é do usuário, pois, é disponibilizado mediante contratação e pagamento. A redação da cláusula, mesmo com a concordância expressa do usuário, pode ser considerada abusiva, porquanto autoriza a imediata expropriação pela plataforma digital do conteúdo após a morte do contratante, sem que seja conferida oportunidade para a avaliação e manifestação dos herdeiros.

Mesmo nos contratos personalíssimos, não é comum que a morte de um dos contratantes produza esse efeito jurídico de apropriação dos bens pela parte sobrevivente. A título exemplificativo, o término do contrato de mandato pelo falecimento do mandante não exonera o mandatário de prestar contas aos herdeiros do falecido.

Com quase três bilhões de usuários em março de 2022, o Facebook, a partir de 04 de janeiro de 2022, passou a se chamar META⁸⁸. Os produtos da META incluem Facebook (incluindo o aplicativo Facebook para celular e o navegador no aplicativo); Meta View; Messenger; Instagram (incluindo aplicativos como o Boomerang); dispositivos de marca do Portal; Produtos do Meta Quest (quando usados com uma conta do Facebook); Lojas; Spark AR; Audience Network da Meta; Aplicativos do NPE Team; Ferramentas da Meta para Empresas; quaisquer outros recursos, aplicativos, tecnologias, softwares ou serviços oferecidos pela Meta Platforms, Inc. ou pela Meta Platforms Ireland Limited.

O Facebook/META permite nas configurações da conta, caso o usuário seja maior de 18 anos, a manifestação em vida sobre o destino da sua conta indicando um “contato herdeiro”, independentemente do respeito à legítima legal ou à vocação hereditária, que cuidará da conta

⁸⁷ Disponível em: <https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em 10 jul. de 2022.

⁸⁸ Disponível em <https://www.facebook.com/legal/terms/update>. Acesso em 19 jun. de 2022.

transformada em memorial ou solicitará que a sua conta seja permanentemente excluída pelo Facebook. Oferece, ainda, em sua central de ajuda, a opção “como administrar a conta de uma pessoa falecida”.

Explica, outrossim, que “contas transformadas em memorial são lugares nos quais amigos e familiares podem se reunir e compartilhar memórias depois que alguém falece. E, que “as contas transformadas em memorial têm os seguintes recursos principais”:

- i. a palavra “em memória de” aparecerá ao lado do nome da pessoa, no perfil;
- ii. dependendo das configurações de privacidade da conta, os amigos poderão compartilhar memórias na linha do tempo transformada em memorial;
- iii. o conteúdo que a pessoa compartilhou (exemplo: fotos, publicações) permanece no Facebook, visível para o público com o qual foi compartilhado;
- iv. os perfis transformados em memorial não aparecem em espaços públicos como nas sugestões “de pessoas que você talvez conheça”, anúncios ou lembretes de aniversário;
- v. ninguém pode entrar em uma conta transformada em memorial;
- vi. as contas transformadas em memorial que não têm um contato herdeiro não podem ser alteradas;
- vii. páginas com um único administrador, cuja conta foi transformada em memorial, serão removidas do Facebook caso recebamos uma solicitação válida de transformação em memorial.

Além disso, informações relevantes referem-se ao que o “contato herdeiro” (*legacy contact*) não pode fazer: entrar na conta do usuário falecido, ler as mensagens da conta, remover amigos ou fazer novas solicitações de amizade.

Caso prático sobre a transformação do perfil em “memorial” ocorreu com a britânica Louise Palmer, que perdeu sua filha de 19 anos em virtude de um tumor cerebral em 2010. Pelas sequelas causadas pela doença, Louise ajudava a filha a se comunicar com os amigos por meio do Facebook. Após o falecimento da jovem, continuou acessando a conta da filha, mas o Facebook transformou a página em um memorial.

Como foi impossibilitada de acessar o perfil, Louise explicou ao Facebook que o perfil da filha era seu consolo e solicitou a possibilidade de acessá-lo novamente. O Facebook respondeu:

Olá, Louise, sentimos muito por sua perda. Pela nossa política para usuários falecidos, nós tornamos essa conta um memorial. Isso configura a privacidade da página, para que somente amigos confirmados possam ver o perfil da pessoa ou localizá-la na busca. O mural permanecerá lá, para que amigos e familiares possam deixar posts em memória. Infelizmente, por questões de privacidade, não podemos fazer mudanças no perfil, nem fornecer informações de login da conta. Pedimos desculpas por qualquer inconveniente

que isso possa causar. Por favor, avise-nos se houver mais alguma dúvida. Obrigada pelo contato⁸⁹.

Já o Google se apresenta como uma plataforma que possui “uma gama de serviços que ajudam diariamente milhões de pessoas a descobrir e interagir com o mundo de novas maneiras”⁹⁰ que incluem “sites, dispositivos e apps do Google, como a pesquisa, o YouTube e o Google Home; plataformas como o navegador Chrome e o sistema operacional Android; produtos integrados a apps e sites de terceiros, como anúncios, análises e Google Maps incorporados”.

Oferece a opção de indicar um “contato de confiança” para solicitação do motivo da inatividade da conta. Ativando o “gerenciador de contas inativas” com a designação do “contato de confiança”, os usuários compartilham partes dos dados das suas contas ou autorizam a notificação caso as contas fiquem inativas por um determinado período.

Se o usuário falecido optar por compartilhar dados com seu contato de confiança, o e-mail terá ainda uma lista dos dados que você decidiu compartilhar com ele e um link para o download dos dados. Ademais, o Google ainda envia lembretes a cada três meses para o usuário realizar uma revisão dos contatos confiáveis.

Além disso, caso o usuário não indique o “contato de confiança”, o Google permite que familiares diretos ou representantes legais façam uma solicitação para fechar a conta Google do *de cuius*. Em determinadas situações, a empresa também aceita fornecer conteúdos da conta, mas não cede senhas ou outros detalhes de login.

Da comparação entre o Google e a Apple, constata-se que os termos do Google caracterizam a verdadeira custódia das informações digitais, apesar da manifesta falta de consideração da vocação hereditária para a indicação das “pessoas de confiança”.

O Twitter ganhou popularidade no Brasil em 2008 e, desde então, vem crescendo anualmente. Conforme a companhia, a rede social alcançou a marca de 186 milhões de usuários em todo o mundo em 2020. É uma rede social que simula um blog pessoal para o envio de mensagens de até 280 caracteres. No Twitter, com o falecimento do usuário, a conta será encerrada após o seguinte trâmite:

Caso um usuário do Twitter faleça, podemos trabalhar com uma pessoa autorizada a agir em nome do Estado ou com um parente imediato verificado do falecido para efetuar a desativação da conta.

⁸⁹ Disponível em https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/04/150406_heranca_digital_rm Acesso em 10 jul. de 2022.

⁹⁰ Disponível em <https://policies.google.com/privacy?hl=pt-BR#intro> e <https://support.google.com/accounts/answer/3036546>. Acesso em 19 jun. de 2022.

Solicite a remoção da conta de um usuário falecido. Depois de enviar sua solicitação, enviaremos a você um e-mail com instruções para fornecer mais detalhes, incluindo informações sobre a pessoa falecida, uma cópia de sua identidade e uma cópia da certidão de óbito da pessoa. Esta é uma etapa necessária para evitar denúncias falsas e/ou não autorizadas. Garantimos que essas informações permanecerão confidenciais e serão removidas assim que as tivermos examinado.

Nota: não podemos fornecer informações de acesso à conta a ninguém, independentemente do seu grau de relacionamento com o falecido. Veja mais informações sobre mídia no Twitter relacionada a um familiar falecido (grifos nossos)⁹¹.

O Instagram, lançado em 2010, nasceu como uma rede social com o objetivo de compartilhamento de fotos, com filtros próprios de edição. Durante os anos, o aplicativo evoluiu e, a partir de 2012, foi anunciada sua versão para computadores, em 2015 foi possível postar vídeos de até um minuto e em 2016 foram incluídas as ferramentas *Stories* (publicação de fotos e vídeos), disponibilização de transmissões ao vivo (*lives*) e *Direct* (permite o envio de mensagens individuais, além de formação de grupos de até 15 pessoas)⁹².

Hoje, pode ser considerada uma das maiores redes sociais do mundo. Reúne, de anônimos a celebridades, uma diversidade imensa de informações, desde as informações pessoais básicas, como idade e interesses, até informações pessoais que caracterizam a personalidade do indivíduo, como imagem, voz ou nome. Por ser um produto META/Facebook, de acordo com seu termo de uso, após a morte do usuário, a conta é excluída ou é transformada em memorial.

A evolução do Instagram foi tão significativa que foi lançado, em março de 2018, o Instagram Shopping. Esta ferramenta tem como principal objetivo facilitar as compras na rede social, que hoje conta com um bilhão de usuários ativos e mais de 25 milhões de contas empresariais⁹³.

O aplicativo Hopper HQ divulga anualmente um ranking que indica os usuários do Instagram que mais ganham dinheiro com a plataforma. No ranking de 2020, encontra-se celebridades como Dwayne Johnson cobrando \$1.015.000 (um milhão e quinze mil dólares)

⁹¹ Disponível em <https://help.twitter.com/pt/rules-and-policies/contact-twitter-about-a-deceased-family-members-account>. Acesso em 12 jul. de 2022.

⁹² GONÇALVES, Jeferson Jaques Ferreira. A (In)transmissibilidade de contas do instagram como componente de acervo hereditário digital. Revista de Direito do CAAP. Ouro Preto, v.1, n.1, set. 2021. p. 50.

⁹³ Disponível em <https://www.nuvemshop.com.br/blog/instagram-shopping/#:~:text=Em%20mar%C3%A7o%20de%202018%2C%20foi.comercial%3A%20a%20funcionalidade%20Instagram%20Shopping>. Acesso em 15/07/2022.

por post, e o jogador Cristiano Ronaldo que fatura por volta de \$889.000 (oitocentos e oitenta e nove mil dólares) por post patrocinado⁹⁴.

Nesse sentido, atualmente, além de uma das maiores redes sociais do mundo, a utilização do Instagram permite com que as pessoas faturem alto com suas postagens e comércio *on line*. O valor patrimonial auferido pela conta do Instagram é, efetivamente, em razão do valor dos dados pessoais e das relações comerciais que a compõe.

Desta maneira, o atual termo de uso que, exclui ou transforma a conta em memorial, é ineficaz para regular ou satisfazer os interesses dos herdeiros do usuário falecido de uma conta economicamente ativa do Instagram. Os herdeiros podem ter interesse na manutenção da conta pela rentabilidade que geram⁹⁵ e, para isso, seria necessário movimentar a conta, o que não é permitido em nenhuma das hipóteses consideradas pelo termo de uso da plataforma após a morte do usuário.

Como se constata, cada empresa cria e aplica seus critérios, como excluir a conta ou transformá-la em memorial do *de cuius*, sem observar especificamente a legislação aplicável a cada situação concreta. Criam padrões de conduta sem distinguir o tratamento das informações de natureza econômica ou de natureza moral.

Assim, além de não solucionar as principais questões referentes ao destino dos bens digitais dos usuários falecidos, os termos de uso extrapolam a natureza dos serviços prestados pelas plataformas digitais com a indevida ingerência quando os contratos são encerrados pela morte.

⁹⁴ GONÇALVES, Jeferson Jaques Ferreira. A (In)transmissibilidade de contas do instagram como componente de acervo hereditário digital. Revista de Direito do CAAP. Ouro Preto, v.1, n.1, set. 2021. p. 50.

⁹⁵ “Em novembro de 2019, foi divulgada a notícia do falecimento do famoso apresentador Antônio Augusto Moraes Liberato – conhecido como “Gugu” Liberato, em decorrência de um acidente doméstico em sua residência na Flórida (Estados Unidos). Dias depois da morte do artista, uma reportagem da UOL apontou que o número de seguidores de sua conta no Instagram havia aumentado de 1.908.277 para 2.971.434 desde o anúncio do incidente, o que representaria um acréscimo de 55,7% de pessoas que acompanhavam o perfil.” Disponível em OLIVEIRA, Marcelo. **Aumento de seguidores de Gugu reacende debate sobre herança digital**. UOL, 2 dez. 2019. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/12/02/aumento-deseguidores-de-gugu-reacende-debate-sobre-heranca-digital.htm?fbclid=IwAR089ECb9tBQMPSUVBAvdTHAoEzITIVlygjTNw9Ubs_n__9go99WKT3AmK4. Acesso em 12 jul. de 2022.

CAPÍTULO 4. Considerações sobre o Direito das Sucessões

Como explicitado no capítulo anterior, além do Marco Civil da Internet e da Lei de Proteção Geral de Dados Pessoais que regulam as relações do meio digital, ainda não possuímos uma legislação específica que cuide da sucessão do patrimônio digital.

Dessa forma, como o Direito das Sucessões é o ramo do nosso Direito Civil que cuida do destino do patrimônio, valores, direitos e dívidas da pessoa física após sua morte, é evidente a importância do estudo de seus principais institutos, à luz da Constituição, para sua aplicação na sucessão do patrimônio digital no que for possível.

4.1. Das disposições gerais sobre o Direito das Sucessões

Em que pese o debate sobre a morte e suas consequências não ser agradável e comum entre os brasileiros, sua ocorrência acarreta efeitos na vida das pessoas próximas com as quais o *de cuius* se relacionou em vida. Assim, o Direito das Sucessões, disposto do art. 1.784 ao 2.027 do Código Civil, diz respeito à sucessão do titular de uma relação jurídica que faleceu.

Apesar de ser considerado um ramo relativamente estável, atualmente a tutela da dignidade da pessoa humana também deve esparramar efeitos no Direito das Sucessões para a promoção e desenvolvimento da função social da herança estatuída constitucionalmente. Segundo Paulo Lôbo⁹⁶, “no direito das sucessões, a marca da solidariedade para com os seus deve se harmonizar com a da solidariedade para com todos os outros”.

Destarte, para que se compreenda as perspectivas da sucessão do patrimônio digital, a par do conhecimento da necessidade da interpretação da legislação civil à luz da Constituição e dos princípios básicos do Direito Civil Constitucional, é fundamental o conhecimento dos conceitos legislativos e doutrinários básicos sobre o sistema sucessório no Brasil para sua aplicação aos bens digitais deixados pelo *de cuius*.

Nesse contexto, a herança é o conjunto de direitos e obrigações que se transmite imediatamente após a morte (princípio da *saisine* – art. 1.784 do CC). É o patrimônio jurídico composto de ativo e passivo deixado por quem falece aos seus herdeiros.

O fundamento decisivo para o reconhecimento da sucessão é o reconhecimento da propriedade privada. Só é possível transferir bens e direitos que pertencem ao autor da herança. Com efeito, o direito de propriedade é um direito real que tem previsão infraconstitucional no

⁹⁶ In LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. p. 45.

art. 1.228 do CC e constitucional no art. 5º, XXII, da Constituição Federal, com *status* de direito fundamental e limitado a sua função social.

Todavia, atualmente, segundo Bruno Zampier, a “propriedade” “traz consigo uma noção bem mais amplificada do que aquela classicamente disposta pelo direito privado tradicional”⁹⁷. Isto porque “o conceito de propriedade já não pode ficar adstrito a 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”.

E, por esta razão, as citadas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar não são mais suficientes para definir o direito de propriedade. A visão da propriedade como uma relação complexa já era defendida por Orlando Gomes, como esclarece Flávio Tartuce:

A propriedade é um direito complexo, podendo ser conceituada a partir de três critérios: o sintético, o analítico e o descritivo. Sinteticamente, para o jurista baiano, a propriedade é a submissão de uma coisa, em todas as suas relações jurídicas, a uma pessoa. No sentido analítico, ensina o doutrinador que a propriedade está relacionada com os direitos de usar, fruir, dispor e alienar a coisa. Por fim, descritivamente, a propriedade é um direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa está submetida à vontade de uma pessoa, sob os limites da lei⁹⁸.

Realmente, a atualização da interpretação do que seria “propriedade” abrange, além dos bens materiais, cotas e ações de sociedades empresárias, o fundo de comércio, a clientela, as patentes de invenções, as marcas industriais, desenhos e até mesmo a própria imagem. Podem, assim, os bens dessa natureza integrarem o patrimônio geral do *de cuius*. Para Bruno Zampier:

(...) deve-se entender que várias são as propriedades tuteladas pelo nosso ordenamento jurídico. O vocábulo *propriedades* se apresentaria então como mais adequado a esta pluralidade de manifestações. Já o vocábulo *propriedade* ficaria circunscrito à noção antiga e reducionista de bens de raiz, devendo, portanto, ser evitado. Nesse sentido, citando Stefano Rodotá, Nelson Rosendal e Cristiano Chaves de Farias (...) afirmam “Este conceito plural dos direitos de propriedades foi assimilado por STEFANO RODOTÁ ao denominá-lo il *terribile diritto*, face sua aptidão camaleônica de se transfigurar e adaptar as novas situações(...)”

Assim, segundo Maria Berenice Dias “o direito sucessório tem sua razão de ser no direito de propriedade, conjugado ao direito das famílias”⁹⁹. O elemento familiar é definido

⁹⁷ ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021. p. 76-77.

⁹⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil – Volume único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020. p. 869-870.

⁹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 7ª ed., rev, ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 50.

pelo parentesco e pela socioafinidade, e a transmissão imediata da herança aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.764 do CC) confere segurança à entidade familiar do falecido.

Sob essa ótica, o art. 226 da CF/88 traduz a importância da família, a elevando à base da sociedade e como primeiro espaço para a promoção da dignidade da pessoa humana além de garantir sua proteção pelo Estado; e o art. 5º, em seus incisos XXII e XXIII, como já referido, garantem o exercício do direito de propriedade limitado ao atendimento de sua função social.

Como consta na obra “*Fundamentos do Direito Civil – Vol. 7 - Direito das Sucessões*”, de Gustavo Tepedino, Ana Luiza Maia Navares e Rose Melo Vencelau Meireles:

Nessa direção, o direito regula o destino dos bens e suas vicissitudes, como instrumentos para a realização do projeto constitucional. Dito de outro modo, a apropriação de bens deve ser tutelada buscando-se a titularidade funcional, ou seja, a titularidade dirigida à manutenção da dignidade da pessoa. Nessa esteira, a transmissão *causa mortis* da situação proprietária assume especial relevo, na medida em que a modificação de seu titular poderá interferir diretamente no cumprimento da função social da propriedade, o que não pode ser desconsiderado pelo Direito Sucessório. (p. 5)

Por esses motivos, no Direito brasileiro, a sucessão a causa morte, conciliando a autonomia privada, a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade e a proteção da família garantidas constitucionalmente, pode ser i) legítima, conforme a ordem hereditária estabelecida em lei, ou ii) testamentária, quando o falecido deixa disposições de última vontade regradadas em um testamento ou codicilo. A legítima obedece à vocação hereditária fixada pelo art. 1.829 do CC, onde os sucessores são os ascendentes, descendentes, cônjuge ou companheiro e os demais parentes até o quarto grau.

Já a sucessão testamentária ocorre de acordo com a vontade do autor da herança, se dá através de testamento ou codicilo que dispõe sobre seu patrimônio aos seus sucessores, resguardado o limite da legítima pois “a legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento”, conforme dispõe o §1º do art. 1.857 do CC.

O testamento é um negócio jurídico personalíssimo formal que possui duas categorias: os ordinários e os especiais – estes últimos só podem ser utilizados em situações específicas. Os ordinários podem ser públicos, cerrados e particulares; já os especiais são os marítimos, aeronáuticos ou militares. Cada um dos tipos possui pressupostos formais que devem ser respeitados, sob pena de nulidade do ato.

Essas formalidades têm ao menos dois importantes objetivos: prevenir fraudes ou impugnação de terceiros; e, autorizar a exequibilidade pelos herdeiros da última vontade formalizada do testador. Na sucessão testamentária predomina a legítima vontade do testador, seu verdadeiro desejo da distribuição dos seus bens entre as pessoas indicadas no documento.

Todavia, como referido, a autonomia da vontade do falecido não é ilimitada pois a necessidade do cumprimento da legítima respeita a função social da herança e a proteção do núcleo familiar, conforme determina o art. 1.846 do CC¹⁰⁰.

Além disso, o Código Civil no art. 1.881 autoriza “toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal” por meio do codicilo.

Destaca-se que, por essas razões, não se exigem as formalidades do testamento para a validade do codicilo, sendo pouco útil a alteração legal que se propõe no citado PL 5.820/2019¹⁰¹, que fora outras determinações pretende definir regras claras e atualizar o codicilo.

Ainda que seja necessário cumprir as formalidades para as validades dos atos de última vontade, sublinhe-se que o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que: "Em se tratando de sucessão testamentária, o objetivo a ser alcançado é a preservação da manifestação de última vontade do falecido, devendo as formalidades previstas em lei serem examinadas à luz dessa diretriz máxima, sopesando-se, sempre casuisticamente, se a ausência de uma delas é suficiente para comprometer a validade do testamento em confronto com os demais elementos de prova produzidos, sob pena de ser frustrado o real desejo do testador" (REsp 1.633.254/MG, 2ª Seção, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe de 18/03/2020).

Na ausência de testamento ou codicilo, prevalece a vocação hereditária da sucessão legítima, que só é excepcionada nas hipóteses de renúncia da herança (art. 1.806 do CC), deserdação (art. 1.961 do CC) ou se os herdeiros forem declarados indignos judicialmente (arts. 1.814 e 1.815 do CC).

Em razão da referida proteção da família pelo Estado e a função social da propriedade, o titular do patrimônio, ainda que absolutamente capaz, não pode dispor livremente de todos os seus bens porque a lei define como herdeiros necessários os descendentes, ascendentes e cônjuge, pessoas que obrigatoriamente receberão parte do patrimônio do falecido (art. 1.845 do

¹⁰⁰ Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

¹⁰¹ “No Brasil, a ideia de herança digital é timidamente discutida, entretanto o primeiro passo para instrumentalizar, tornar pragmático a disposição de última vontade quanto a essa parte do patrimônio, corresponde a modificação do Codicilo, atualizando-o, definindo regras claras para sua utilização, assim como criar sua modalidade digital” (Trecho da justificativa do PL 5.820/2019. Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1829027&filename=PL+5820/2019. p. 4.

CC). Assim, a sucessão legítima impõe a transferência da metade do patrimônio aos herdeiros indicados por lei (legítima), ficando o titular com a disponibilidade da outra metade para testar para outras pessoas físicas ou jurídicas.

Relevante ressaltar que apesar do companheiro não constar do aludido art. 1.845 do CC, o STF reconheceu a inconstitucionalidade do tratamento desigual entre casamento e união estável¹⁰², o que, com efeito, autoriza a consideração do companheiro como herdeiro necessário. Ademais, ao julgar a ADPF 132/RJ e a ADI 4.277/DF, o STF, interpretando o art. 1.723 do Código Civil conforme a CF/88, autorizou o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

No mais, os mais próximos preferem aos mais remotos, e na linha colateral o Código Civil de 2002 no art. 1.839 fixou o limite do direito à sucessão até o quarto grau (primos, tios-avôs, sobrinhos-netos). Contudo, com a evolução do conceito de família, além da descrição legal, também podem ser incluídos como herdeiros os filhos socioafetivos e os com multiparentalidade reconhecida.

A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consaguinidade ou outra origem”. Inclusive, o STJ reconhece que “eventual reconhecimento de paternidade biológica em nada altera a realidade socioafetiva *ex ante* em virtude do instituto da multiparentalidade” (RESP 1.867.308/MT, 3ª Turma, DJe de 11/05/2022).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu, em sede de repercussão geral, a possibilidade da multiparentalidade, e fixou a seguinte tese: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”¹⁰³.

Como explicitado, o herdeiro legítimo é o que se enquadra nos sucessores descritos em lei; e o necessário, é o parente em linha reta e recebe a metade do patrimônio do autor da herança. Por sua vez, os legatários são as pessoas físicas ou jurídicas que o falecido indica para receber determinados bens, quando aberta sua sucessão, são os herdeiros a título singular.

Ainda vale esclarecer que na ausência de testamento, cônjuge ou companheiro sobreviventes, ou parentes até quarto grau conhecido para suceder o falecido, a herança pode ser declarada jacente e, após cinco anos da abertura da sucessão, “os bens arrecadados passarão

¹⁰² STF, RE 878.694, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (10/05/2017).

¹⁰³ (RE 898060, Relator: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/09/2016, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-187 PUBLIC 24-08-2017).

ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União quando situados em território federal” (art. 1.822 do CC).

O lugar da abertura da sucessão igualmente merece atenção, pois motivos práticos justificam se ter um lugar determinado para a administração e exercício dos direitos pelos herdeiros e por terceiros. No nosso Direito Civil a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido (art. 1.785). Se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente o foro da situação dos bens imóveis, e se, ainda, possuía bens em diferentes lugares ou não possuía bens imóveis, o lugar de quaisquer bens do espólio.

A Constituição Federal, no art. 5º, XXXI, também determina que “a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*”.

Seguindo as referidas regras do Código Civil sobre a sucessão, a universalidade dos direitos e obrigações – a herança - se transmite a todos os herdeiros em forma de condomínio *pro indiviso* até a efetiva partilha. Além disso, a lei não cobra aceitação expressa da herança e é possível considerar que a posse dos herdeiros, também até a efetiva partilha, é a indireta. Conforme o parágrafo único do art. 1.791 do CC: “até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio”.

Voltando nossa atenção à sucessão testamentária, segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenthal “uma visão constitucional do testamento, (...), mitiga, arrefece, o individualismo da vontade quando importe em sacrifício da dignidade de terceiros ou da coletividade, com vistas a evitar a periclitância de valores constitucionais protegidos com primazia”¹⁰⁴. E continuam citando como exemplo a limitação ao poder de testar quando há herdeiros necessários incapazes, nestes termos:

De fato, não parece que se possa autorizar um pai a dispor da inteireza de seu patrimônio quando possui um filho incapaz, a quem é obrigado a assistir materialmente, suprindo os alimentos necessários, enquanto perdurar a necessidade. Nesse caso, vislumbramos uma natural relativização da autonomia privada, em respeito à dignidade do filho incapaz.

Como visto, a sucessão *causa mortis* funda-se, primordialmente, no princípio da patrimonialidade, na autonomia “limitada” da vontade pela legítima e na solidariedade familiar.

¹⁰⁴ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Sucessões. 7ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021. p. 409.

Todavia, destaca-se, pela importância para a análise do tema do presente trabalho, que o testamento não se limita apenas à indicação do destino do patrimônio econômico do autor da herança. É um documento jurídico personalíssimo e declaratório que pode se manifestar em relação a situações com conteúdo econômico ou não.

As disposições testamentárias podem expressar interesses e vontades de natureza pessoal e existencial do autor da herança, considerando seus aspectos sociais, de sua vida privada e de sua intimidade. Consta do art. 1.857, §2º do CC que “são válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Citam-se como exemplos tratados no nosso Código Civil a possibilidade de constar no testamento a expressa manifestação de vontade do *de cujus* sobre i) nomeação de um tutor para os filhos incapazes (art. 1.729, parágrafo único); ii) reconhecimento de filhos (art. 1.609); iii) deserdação de herdeiro necessário (art. 1.961); iv) a disposição do corpo humano para fins altruísticos ou científicos para depois da morte (art. 14); v) constituição de servidão sobre imóvel, em benefício de outro imóvel, após o registro no Cartório de Imóveis (art. 1.378); vi) reabilitação herdeiro que tiver ofendido o testador ou familiar (art. 1.818, CC).

Assim, a livre escolha do falecido testada com relação a sua privacidade e intimidade, como atributos de sua personalidade, consubstancia-se como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana e prevalecem inclusive se declaradas nulas ou inválidas as disposições referentes ao destino do patrimônio *stricto sensu* (art. 1.610 do CC).

Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, essa possibilidade instituiu a “função promocional do testamento”, que autoriza que essas disposições testamentárias promovam “a dignidade e a salvaguarda de valores intrínsecos a uma pessoa”¹⁰⁵.

Por outro lado, em que pese o já multicitado direito de herança dos herdeiros legítimos, necessários e testamentários, nenhum deles representa o *de cujus*. Na lição de Maria Berenice Dias, “o herdeiro a título universal – quer legítimo, quer testamentário – sub-roga-se abstratamente na posição do falecido, pois recebe tanto o ativo como o passivo, encargos e dívidas referentes à parte ideal que recebeu”¹⁰⁶.

Essa “sub-rogação” refere-se à transmissão automática e imediata da universalidade dos bens do autor da herança, não ocorrendo interrupção da cadeia dominial. É uma sub-rogação

¹⁰⁵ Ob cit., p. 414.

¹⁰⁶DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 7ª ed., rev, ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021. p. 155.

pessoal *causa mortis* pois ocorre, de fato, uma substituição do sujeito da relação jurídica em decorrência da morte do titular anterior.

Contudo, nem toda relação jurídica autoriza essa sub-rogação. As relações jurídicas de caráter *intuito personae*, como o estado familiar, o exercício dos direitos civis e políticos, ou as obrigações personalíssimas – como pintar um quadro ou compor uma música – extinguem-se com a morte do *de cuius*.

A figura do inventariante, do mesmo modo, não se confunde com a figura do autor da herança. Apesar do cargo de inventariante equivaler a um mandato, pois sua atribuição é administrar a universalidade da herança até a efetiva partilha (art. 1.991 do CC), ele representa o espólio e não o *de cuius*.

A morte impede a continuidade das obrigações e relações personalíssimas da pessoa física. A herança ou o espólio, como entes não personalizados, não são projeções do autor da herança. A verdadeira autonomia da vontade do falecido somente é manifestada por meio do testamento, limitada ao respeito da legítima em relação aos bens com conteúdo econômico e às disposições de caráter não patrimonial.

Isto porque, direitos intrinsecamente vinculados à pessoa humana e a sua personalidade, pelo seu caráter personalíssimo, são direitos que se extinguem com a morte do seu titular. Mas alguns direitos da personalidade como o direito ao corpo ou partes dele, à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, aos direitos de autor se projetam após a morte e são tutelados pelo Código Civil.

A propósito, ressalta-se que os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do Código Civil, estabelecem legitimados para, em nome próprio, respectivamente, “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei” ou proibir “a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem” de pessoa falecida.

Aos legitimados pela solidariedade familiar, dos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do CC, cabem a proteção dos direitos de personalidade do *de cuius* associados à sua memória e à sua história de vida, porque:

(...) em virtude da consideração da personalidade como valor, isto é, “tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade)”, que constituem bens jurídicos em si mesmos, desprendidos do seu titular, dignos de tutela privilegiada, os quais, mercê da convivência estabelecida em torno do falecido, permeiam o relacionamento de vários parentes e familiares. Desse modo, determinadas situações jurídicas extrapatrimoniais continuam a receber tutela após o

falecimento de seu titular, na medida em que também são relevantes socialmente¹⁰⁷.

Salienta-se, ainda, que em algumas situações de predominância do interesse social, os sucessores podem dispor do corpo ou da memória do *de cujus*. A Lei 9.434/97, nos arts. 4º e 5º, autoriza a doação de órgãos, tecidos e parte do corpo humano da pessoa falecida para transplantes ou fins terapêuticos caso o doador não tenha se manifestado em vida.

Finalmente, a Lei dos Direitos Autorais também deve ser lembrada pois a mesma regra sobre a sucessão da produção intelectual, o que no nosso tempo se confunde com a produção no meio digital, deve ser considerada. De acordo com o art. 41 da Lei 9.610/98 (Lei dos Direitos Autorais), o autor de uma obra intelectual tem direito autoral por 70 anos após sua morte. Depois desse período, a obra cai em domínio público; e, se o autor falecer neste período, os direitos passam aos seus herdeiros, obedecida a ordem sucessória do Código Civil.

Ademais, a vontade do artista é preservada nos casos em que deixa registrado por escrito que não quer que suas obras sejam reproduzidas após sua morte. Nessas situações, além da questão do direito autoral, o direito de personalidade, que envolve as características individuais do artista – como nome, imagem, voz – também é tutelado pelos herdeiros.

4.2. Da sucessão do patrimônio digital

Como explicitado, ainda não possuímos uma legislação específica que cuide da sucessão dos bens digitais. Por certo, temos as regras do Livro V do Código Civil que trata do Direito das Sucessões.

A herança digital deve ser compreendida como a herança tratada no Código Civil com o objeto específico: o patrimônio digital do usuário da internet falecido. Sua natureza jurídica também é de bem imóvel conforme estabelece o art. 80¹⁰⁸, II do Código Civil e indivisível segundo o art. 1.791 do Código Civil¹⁰⁹, submetendo-se, desta forma, ao regramento próprio da sucessão destes tipos de direito. Seguindo essa linha, também é considerada uma universalidade de direito, um complexo de relações jurídicas.

Assim, diante do cenário legislativo atual e considerando nosso sistema sucessório, como a morte digital não coincide com a morte física, a sucessão das informações digitais armazenadas pelo falecido com (“patrimônio digital econômico”) ou sem natureza pecuniária

¹⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Fundamentos do Direito Civil – Vol. 7 - Direito das Sucessões. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021. p. 16.

¹⁰⁸ Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: (...) II - o direito à sucessão aberta.

¹⁰⁹ Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

(“patrimônio digital moral”), ou de caráter dúplice, podem, em um primeiro olhar, constar de suas manifestações volitivas no testamento.

Contudo, a dificuldade em regradar a herança digital, a par da volatilidade do meio digital, é exatamente a classificação dos bens armazenados nos provedores de acesso à internet como econômicos, morais ou de caráter dúplice. Até porque é comum que ambos os interesses estejam presentes como já foi demonstrado anteriormente.

Para analisar essa diferenciação, a doutrina sugere observar dois aspectos: o relativo ao interesse (o que é) e o funcional (para que serve). Lívia Teixeira Leal explica:

A análise funcional, baseada na síntese dos efeitos essenciais da situação jurídica, deve ser realizada em concreto, considerando-se “sob qual finalidade ela serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, que seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional”, na esteira do caminho adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Ou seja, deve ser analisada a funcionalidade concreta da situação diante da circunstância fática determinada: “se realiza direta e imediatamente a dignidade da pessoa humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade, trata-se de situação existencial; se a realização da dignidade humana é mediata, visando, em primeiro plano, a efetivação da livre iniciativa, trata-se de situação patrimonial¹¹⁰.”

De fato, o valor de uma biblioteca virtual, uma coleção de músicas baixadas no i-tunes e músicas inéditas de um artista arquivadas nas nuvens podem inclusive superar o valor dos bens corpóreos deixados pelo falecido. Nessas situações é patente o direito à herança dos legitimados legalmente na ausência de testamento.

Os perfis de redes sociais, como o mencionado caso da Juliette, de predominante interesse econômico autorizam a transmissão da titularidade pela sucessão pois essas contas não são mais pessoais e sim comerciais.

Para o tratamento póstumo das informações digitais, nossa incipiente doutrina quanto à sucessão do patrimônio digital apresenta duas principais correntes: a da transmissibilidade ou hereditabilidade, e a da intransmissibilidade mitigada.

Entre os que defendem a intransmissibilidade mitigada, Gabriel Honorato e Lívia Teixeira Leal asseveram que “ao menos a priori, somente deveria seguir a regra do direito sucessório os bens de característica patrimonial, ao passo que os demais não estariam sujeitos

¹¹⁰ LEAL, Lívia Teixeira. Internet e morte do usuário: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ. 2020. p. 43-44.

à transmissão para seus herdeiros em virtude da preservação da privacidade”¹¹¹, do usuário falecido e das pessoas com que ele se relacionou em vida.

Aline de Miranda Valverde Terra, Milena Donato Oliva e Filipe Medon defendem três principais fundamentos da intransmissibilidade: i. a preservação da privacidade e intimidade tanto do falecido como de quem tenha com ele se relacionado; ii. a colisão de interesses entre o *de cuius* e seus herdeiros, que podem pretender apenas explorar economicamente o nome e a imagem do falecido; e, iii. a violação à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações com o fornecimento de acesso ao patrimônio existencial digital¹¹².

Assim, o que se verifica é que na verdade, a transmissibilidade deve se restringir ao patrimônio digital de natureza patrimonial, e a intransmissibilidade seria apenas das informações que tivessem o potencial de violar direitos da personalidade do *de cuius*, especialmente o da privacidade e o da imagem.

Para os que defendem a transmissibilidade do acervo digital do usuário falecido, caso não haja disposição expressa em contrário em vida, todo o seu conteúdo produzido *on line* é passível de compor a herança. Todavia, o problema ocorre quando não há manifestação de vontade pelo autor da herança quanto aos bens digitais de natureza moral ou aos de caráter dúplice – moral e econômico. Essa possibilidade de sucessão gera dúvidas e insegurança jurídica com relação à eventual violação dos direitos de personalidade do *de cuius*. Segundo Pablo Malheiros, João Ricardo Brandão Aguirre e Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto

(...) é possível que os interesses dos herdeiros venham a colidir com o do falecido, notadamente no que se refere à proteção de sua privacidade, representando a extensão de sua personalidade. De fato, não raro são os próprios sucessores do *de cuius* os responsáveis pela violação de sua privacidade e pelo uso indevido de seus dados pessoais, seja apropriando-se de seus e-mails pessoais, seja perscrutando sua intimidade através da leitura de conversas em dispositivos como o whatsapp ou telegram.

(...)

Arquivos e contas digitais que tenham ou possam ter caráter econômico e (ou) difusão pública, como Skype, contas bancárias, blogs, livros digitais, colunas em sites ou jornais, entre outros, são bens imateriais transmissíveis e, portanto, já estão abarcados pelo art. 1.788 do CC. Eventuais conflitos entre os herdeiros e o(a) cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, ou legatários ou terceiros sobre as mencionadas contas ou arquivos digitais transmissíveis de titularidade do(a) autor(a) da herança poderão ser dirimidos judicialmente ou extrajudicialmente, como ocorre com todos os bens que compõem a herança.

¹¹¹ HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan/mar 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.01.008, p. 164. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523/350>. Acesso em 10 jun. de 2022.

¹¹² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). Herança Digital. Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Editora Foco. 2021. p. 58.

Os arquivos e (ou) as contas digitais como Whatsapp, telegram, facebook, instagram, “nuvens” de arquivos (ex.: Dropbox), senha de telefones celulares ou fixos, twitter, e-mails, entre outros, são bens imateriais intransmissíveis, pois são extensões da privacidade do(a) autor(a) da herança. Essa transmissibilidade seria aceita se o(a) autor(a) da herança autorizasse por testamento ou de outra forma em vida que um ou mais herdeiros, cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, legatário ou terceiro pudesse(m) custodiar e (ou) acessar integralmente ou parcialmente tais arquivos e contas digitais. Eventuais conflitos entre os herdeiros e o(a) cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, ou legatários e ou terceiros sobre as mencionadas contas ou arquivos digitais intransmissíveis de titularidade do(a) autor(a) da herança ou transmitidas por ele a outrem poderão ser dirimidos judicialmente ou extrajudicialmente¹¹³.

Feitas essas considerações, é fato que a possibilidade de sucessão do patrimônio jurídico moral digital demanda tutela distinta da sucessão do patrimônio jurídico econômico.

Diante disso, e ante a ausência de legislação específica que regule a transmissão do patrimônio jurídico moral do usuário da internet, é necessária uma construção hermenêutica sobre os institutos jurídicos do Direito das Sucessões evidenciados, bem como dos constitucionais e infraconstitucionais que tutelam os direitos de personalidade e a proteção dos dados pessoais, para que seja encontrada a melhor solução para cada situação concreta que se apresente.

Repita-se que, “os dados pessoais em geral são todos expressões da personalidade” e, por essa razão, “seu tratamento só é admitido como decorrência do livre e legítimo exercício da autonomia existencial, que tem sua manifestação mais clara no consentimento”¹¹⁴.

Desta forma, conversas privadas no WhatsApp, contas particulares de e-mails, direct do Instagram, entre outros, são dados personalíssimos que configuram o exercício do direito de personalidade das pessoas no meio digital. E, por essa razão, esses conteúdos devem ser tutelados pelo sigilo das comunicações conforme o inc. XII do art. 5º: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

A título ilustrativo, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve o reconhecimento do dano moral pela divulgação de conversas no WhatsApp realizada sem a autorização de um dos interlocutores, nos termos da ementa que se segue:

¹¹³ Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados post mortem. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2018, vol. 10, n. 19, p. 564-607, jul-dez, 2018. Disponível em <https://abdconst.com.br/revista20/acervoPablo.pdf>

¹¹⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). Herança Digital. Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Editora Foco. 2021. p. 33.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. PREQUESTIONAMENTO PARCIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. PUBLICIZAÇÃO DE MENSAGENS ENVIADAS VIA WHATSAPP. ILICITUDE. QUEBRA DA LEGÍTIMA EXPECTATIVA E VIOLAÇÃO À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE. JULGAMENTO: CPC/2015.

1. Ação de reparação de danos morais ajuizada em 29/10/2015, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 10/08/2020 e atribuído ao gabinete em 17/11/2020.

2. O propósito recursal consiste em decidir, além da ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, acerca do ônus da prova e se a divulgação pública de mensagens trocadas via WhatsApp caracteriza ato ilícito apto a ensejar a responsabilização por eventuais danos decorrentes da publicização.

3. O inconformismo relativo ao cerceamento de defesa encontra óbice no enunciado da Súmula 284/STF, devido à ausência de indicação do dispositivo legal supostamente violado.

4. A ausência de decisão acerca de dispositivo legal indicado como violado impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 211/STJ).

5. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que não há ofensa ao art. 1.022 do CPC/15 quando o Tribunal de origem, aplicando o direito que entende cabível à hipótese, soluciona integralmente a controvérsia submetida à sua apreciação, ainda que de forma diversa daquela pretendida pela parte. Ademais, devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação ao art. 489 do CPC/15.

6. O art. 373, incisos I e II, do CPC/2015 define a distribuição fixa do ônus da prova, de modo que ao autor incumbe provar o fato constitutivo de seu direito; ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Aplicando-se tal norma à espécie, tem-se que ao autor (recorrido) cabia comprovar a divulgação indevida das mensagens trocadas no grupo de WhatsApp e, segundo as instâncias de origem, desse ônus se desincumbiu.

7. O sigilo das comunicações é corolário da liberdade de expressão e, em última análise, visa a resguardar o direito à intimidade e à privacidade, consagrados nos planos constitucional (art. 5º, X, da CF/88) e infraconstitucional (arts. 20 e 21 do CC/02). No passado recente, não se cogitava de outras formas de comunicação que não pelo tradicional método das ligações telefônicas. Com o passar dos anos, no entanto, desenvolveu-se a tecnologia digital, o que culminou na criação da internet e, mais recentemente, da rede social WhatsApp, o qual permite a comunicação instantânea entre pessoas localizadas em qualquer lugar do mundo. Nesse cenário, é certo que não só as conversas realizadas via ligação telefônica, como também aquelas travadas através do WhatsApp são resguardadas pelo sigilo das comunicações. Em consequência, terceiros somente podem ter acesso às conversas de WhatsApp mediante consentimento dos participantes ou autorização judicial.

8. Nas hipóteses que em que o conteúdo das conversas enviadas via WhatsApp possa, em tese, interessar a terceiros, haverá um conflito entre a privacidade e a liberdade de informação, revelando-se necessária a realização de um juízo de ponderação. Nesse aspecto, há que se considerar que as mensagens eletrônicas estão protegidas pelo sigilo em razão de o seu conteúdo ser privado; isto é, restrito aos interlocutores. Ademais, é certo que ao enviar mensagem a determinado ou a determinados destinatários via WhatsApp, o emissor tem a expectativa de que ela não será lida por terceiros, quanto menos

divulgada ao público, seja por meio de rede social ou da mídia. Assim, ao levar a conhecimento público conversa privada, além da quebra da confidencialidade, estará configurada a violação à legítima expectativa, bem como à privacidade e à intimidade do emissor, sendo possível a responsabilização daquele que procedeu à divulgação se configurado o dano. A ilicitude da exposição pública de mensagens privadas poderá ser descaracterizada, todavia, quando a exposição das mensagens tiver o propósito de resguardar um direito próprio do receptor.

9. Na espécie, o recorrente divulgou mensagens enviadas pelo recorrido em grupo do WhatsApp sem o objetivo de defender direito próprio, mas com a finalidade de expor as opiniões manifestadas pelo emissor. Segundo constataram as instâncias ordinárias, essa exposição causou danos ao recorrido, restando caracterizado o nexo de causalidade entre o ato ilícito perpetrado pelo recorrente e o prejuízo experimentado pela vítima.

10. Entre os acórdãos trazidos à colação não há similitude fática, elemento indispensável à demonstração da divergência, nos termos do art. 1029, §1º, do CPC/2015 e 255, §1º, do RISTJ.

11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido¹¹⁵ (grifos nossos).

Além disso, como mencionado, o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a própria Constituição após a EC 115/2022 consolidaram a necessidade da proteção dos dados, inclusive no meio *on line*. E, apesar da falta de menção expressa quanto ao tratamento dos dados de pessoas falecidas nos referidos documentos legais, não há impedimento para a utilização de suas regras e princípios para a proteção da privacidade e imagem do usuário da internet após sua morte.

Isso porque nosso Código Civil autoriza expressamente a tutela póstuma dos direitos de personalidade no parágrafo único do art. 12¹¹⁶, o que autoriza a defesa dos interesses extrapatrimoniais dos *de cujus*, entre eles o patrimônio jurídico moral digital.

Para explicar essa legitimação, Ana Luiza Maia Nevares¹¹⁷ explica que as situações subjetivas extrapatrimoniais são adquiridas *iure proprio* pelos familiares do *de cujus*, e ainda que essa aquisição tenha se dado em razão da morte, não se pode concluir que se trate de sucessão *causa mortis*, pois não há continuidade no direito cujo titular era o falecido. Há a extinção desse direito e o nascimento de um novo para os familiares, cujo exercício deve ser orientado estritamente pelo interesse da pessoa que faleceu. Ou seja, têm a faculdade de proteger a projeção da personalidade *post mortem* do falecido, não de desenvolver ou alterá-la.

¹¹⁵ RESP 1.903.273/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 30/08/2021.

¹¹⁶ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

¹¹⁷ NEVARES, Ana Luiza Maia. Função promocional do testamento. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 127-129.

Vista a possibilidade da legitimação para a defesa póstuma, resta perquirir sobre a possibilidade de transmissibilidade do patrimônio jurídico digital moral.

Em regra, os direitos da personalidade terminam com a morte do titular, em consonância com o princípio *mors omnia solvit*¹¹⁸. Outros, por seu turno, por se projetarem após a morte, são protegidos pela lei. Assim, pelo recorte temática da pesquisa, continuam tutelados o direito à privacidade e o direito à imagem.

Mas como explicitado, na verdade não há uma transmissibilidade própria desses direitos e sim a possibilidade dos familiares, em nome próprio, exercerem a faculdade de protegê-los. A legitimação para a tutela póstuma desses direitos não se confunde com a sucessão hereditária dos direitos de personalidade.

Neste cenário, entendemos que somente é possível a sucessão testamentária do patrimônio moral digital. Como explicitado, se no testamento, o falecido pode reconhecer filhos (art. 1.609, CC); deserdar herdeiro necessário (art. 1.961, CC) ou dispor do próprio corpo para fins altruísticos ou científicos para depois da morte (art. 14, CC); porque não poderia testar quanto ao acesso dos seus dados pessoais?

Assim, se não houver expressa manifestação de vontade do titular do patrimônio digital moral – contas e dados pessoais – o acesso a esse conteúdo deve se dar excepcionalmente aos legitimados, em conformidade com a boa fé e os princípios da finalidade e adequação fixados pelo art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais¹¹⁹; além do art. 10¹²⁰ do Marco Civil da Internet.

A vida privada e a imagem do usuário da internet falecido, com efeito, estariam expostos com a divulgação e o acesso das suas informações estritamente pessoais quando não autorizadas expressamente, mesmo pelos sucessores legítimos. Contudo, eventuais pedidos de acesso fundamentados dos familiares ou de terceiros devem ser analisados casuisticamente considerado os interesses em jogo. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald

Os interesses digitais de uma pessoa falecida podem ter conteúdo existencial ou patrimonial. No primeiro caso (existencial), em face de seu caráter personalíssimo, extinguem-se com o óbito do titular, não podendo os

¹¹⁸ “A morte resolve tudo.”

¹¹⁹ “Art. 6º. As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; (...)”

¹²⁰ “A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas”.

familiares invadir a vida privada da pessoa falecida – máxime porque, em vida, não quis revelar tais fatos. Em relação, contudo, ao segundo caso (patrimonial), é de se reconhecer que as relações do titular, angariadas durante a sua vida, possuindo repercussão econômica, serão transmitidas aos sucessores por integrar a herança. Exige-se, pois, uma cuidadosa análise casuística para que se posicione topologicamente a situação”.

E arrematam:

A melhor opção, portanto, é o titular, ainda em vida, com esteio em sua autonomia privada, dispor acerca da destinação de seu *patrimônio digital*, deixando claro se permitirá a alguém ter acesso às suas informações personalíssimas ou não. A outro giro, em relação às relações de conteúdo econômico, pode, por igual, dispor de sua vontade. Não o fazendo, por escapar a um conteúdo existencial, podem os sucessores dar continuidade aos relacionamentos que tenham conotação financeira, na medida em que estarão encapsulados na herança – transmitida automaticamente, por conta da regra de *saisine* (CC, art. 1.784)¹²¹.

Nessa direção, quando a situação envolver conteúdo patrimonial a importância dada a autonomia privada será limitada e reduzida. Por outro lado, quando se tratar de hipótese que cuide da esfera moral privada da pessoa, a força atribuída a autonomia privada na ponderação dos interesses será necessariamente maior.

Assim, o direito de acesso aos dados pessoais dos usuários da internet falecidos não deveria ser debatido como patrimônio “a ser sucedido” legitimamente pelos herdeiros, como sugerem os Projetos de Lei descritos no tópico 3.2. O acesso deveria ocorrer apenas e se existente manifestação expressa de interesses e vontades de natureza pessoal do falecido no testamento ou codicilo, conforme autoriza expressamente o §2º do art. 1.857 do Código Civil.

Finalmente, se não há, a toda evidência, possibilidade de transmissão dos dados pessoais por causa da morte, não entendemos pela corrente da transmissibilidade ou da intransmissibilidade mitigada.

Mas sim pela transmissibilidade do patrimônio jurídico digital econômico ou de caráter dúplice. O patrimônio jurídico digital moral se extinguiria com a morte do usuário da internet, se, frise-se, outra não fosse a vontade do próprio *de cujus* expressada no testamento, codicilo ou mesmo nas manifestações legalmente possíveis perante as plataformas digitais.

¹²¹ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Sucessões. 7ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021. p. 47.

CAPÍTULO 5. A sucessão do Patrimônio Digital pela Jurisprudência e pelo Centro de Estudo Judiciário do Conselho da Justiça Federal

Após a análise da doutrina e da legislação pertinentes à sucessão dos bens digitais, resta examinar as lides que envolvem o tema que já foram julgadas pelos Tribunais estrangeiros e pelos nossos Tribunais.

Ademais, importante salientar recente debate sobre o patrimônio digital pelo Centro de Estudo Judiciário do Conselho da Justiça Federal (CJF).

5.1. A sucessão do patrimônio digital interpretada pela jurisprudência estrangeira

A narrada complexidade da sucessão do conteúdo produzido *on line* já foi solucionada em situações que chegaram ao Poder Judiciário. Afinal, como descrito, o uso massivo da Internet provoca a crescente digitalização da vida que produz consequências diretas quando o usuário falece. Ante a aparente ausência de legislação específica sobre a sucessão dos bens digitais, a interpretação dos Tribunais vem suprindo as lacunas legais.

Um dos primeiros casos de repercussão sobre o tema foi nos Estados Unidos, do soldado Justin M. Ellsworth, morto no Iraque em 2004. Os pais de Justin solicitaram ao Yahoo na época acesso à conta de e-mail do filho. O Yahoo negou o pedido dos pais ao argumento de que, por questões de segurança, o usuário deveria estabelecer em vida quais pessoas poderiam ter o acesso à conta após seu falecimento, o que não foi feito¹²².

Os pais argumentaram, em ação judicial, que a caixa de e-mails deveria ser equiparada a um cofre, que deveria ser entregue aos herdeiros legítimos após a morte. O Tribunal negou em razão da tese acatada sobre a intransmissibilidade da relação contratual com o Yahoo, mas os pais conseguiram que o provedor transferisse as mensagens de e-mail recebidas pelo filho falecido, mas não as por ele enviadas¹²³.

Outra situação de bastante visibilidade, considerado inclusive como *leading case* pelo rico debate nos Tribunais da Alemanha sobre o tema, foi o pedido de acesso negado pelo Facebook dos pais de uma adolescente de 15 anos morta em 2012 em um acidente no metrô de Berlim¹²⁴.

¹²² PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. Herança Digital no Brasil. Os impactos de sua proposta de tutela sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 53.

¹²³ GARCIA, Fernanda Mathias de Souza Garcia. Herança Digital - O Direito Brasileiro e a Experiência Estrangeira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 44.

¹²⁴ MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019.

Como havia a suspeita de suicídio, os pais pretendiam o acesso para esclarecer a ocorrência dos fatos. Além disso, o condutor do metrô ajuizou ação de compensação por danos morais contra os pais da adolescente pelo abalo emocional sofrido em decorrência da participação na morte da jovem. Dois motivos importantes utilizados pelos pais para a necessidade de acesso às redes sociais da filha falecida.

Os pais não obtiveram êxito em acessar a conta com os dados de acesso fornecidos pela própria filha porque o Facebook já havia transformado a conta em memorial, após ter sido notificado por um terceiro sobre o falecimento. Como já descrito anteriormente, o conteúdo compartilhado pela falecida permanecia visível e as seguidoras podiam postar em seu perfil, mas o acesso ao conteúdo das conversas e fotos por ela armazenadas não era permitido.

Segundo o Facebook, o acesso negado, pela transformação da página em memorial, visava a proteção do usuário falecido e de seus contatos. Admitiu que tomar a decisão levando em consideração o pedido da família e a proteção da esfera privada da usuária e de terceiros era muito difícil, mas que era necessário salvaguardar a privacidade da comunicação entre os usuários da sua plataforma.

A justiça de primeiro grau, em 17.12.2015, deu provimento ao pedido dos pais da adolescente e ordenou ao Facebook liberar o acesso à conta de e-mails, celulares, WhatsApp e redes sociais da falecida, pois a herança digital do falecido pertenceria a seus herdeiros.

Em grau de recurso, a decisão foi reformada sob o fundamento de que o acesso violaria o sigilo das comunicações dos usuários. Reconheceu-se, em princípio, que as obrigações relacionadas ao contrato firmado com o Facebook seriam transmissíveis por herança, mas a falta de clareza sobre a transmissibilidade de bens de caráter personalíssimo e dificuldade de análise de uma caixa de e-mail geraria problemas práticas na concessão do acesso.

Não se conformando, os pais recorreram ao Bundesgerichtshof, que, em decisão proferida em 12.07.2018, julgou procedente a revisão interposta e reconheceu o direito sucessório dos pais de acesso à conta da filha falecida, bem como a todo o conteúdo nela armazenado.

Em síntese, a Corte Federal alemã reconheceu a pretensão dos pais, herdeiros únicos da menor, de ter acesso à conta e a todo o conteúdo nela existente, uma vez que essa pretensão decorre do contrato de consumo (contrato de utilização) existente entre a adolescente e o Facebook, o qual é transmissível aos herdeiros com a morte.

Para os julgadores alemães, o direito sucessório à herança digital não se opõe aos direitos de personalidade *post mortem* da falecida, ao direito geral de personalidade do *de cuius*

ou dos terceiros interlocutores, ao sigilo das comunicações, nem tampouco às regras sobre proteção de dados pessoais.

Laura Schertel Ferreira Mendes e Karina Nunes Fritz ao discorrerem sobre o caso ocorrido na Alemanha, transcreveram a conclusão do Tribunal alemão:

(...) em respeito à autonomia privada e à autodeterminação, o poder de decidir sobre o destino da herança digital cabe ao seu titular. Entretanto, se o indivíduo não o faz, deixando de indicar quem terá acesso às mensagens, fotos, vídeos ou outro material confidencial, vale a regra geral vigente no ordenamento jurídico que confere aos herdeiros o poder de tomar essa decisão. Dessa forma, na ausência de disposição em contrário do falecido, impõe-se a transmissibilidade do conteúdo digital aos herdeiros, tal como ocorre com o conteúdo analógico¹²⁵.

Também no ano de 2012, a modelo Sahar Daftary caiu do 12º andar de um prédio em Manchester, na Inglaterra. Os pais da modelo solicitaram ao Facebook o acesso ao conteúdo da conta referente aos vinte dias que antecederam à morte da filha, com o objetivo de questionar as conclusões da investigação da polícia inglesa que trataram o caso como acidente.

A plataforma digital rejeitou a solicitação de acesso fundamentada nos regulamentos federais que regem a confidencialidade das comunicações eletrônicas (*Stored Communications Act*¹²⁶) e suas próprias políticas de proteção à privacidade. Argumentou, ainda, que Sahar Daftary não havia consentido com a divulgação do seu perfil em vida e a autorização do administrador do espólio não era suficiente para autorizar o acesso ao perfil requerido¹²⁷.

A controvérsia chegou ao Tribunal Federal do Distrito Norte da Califórnia e foi solucionada por arbitragem que considerou que a divulgação obrigatória dos dados constantes da conta pessoal, de fato, violaria o *Stored Communications Act*.

¹²⁵ MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019 p. 205.

¹²⁶ O *Stored Communication Act* é uma lei federal que foi promulgada como parte da Electronic Communication Privacy Act de 1986. Protege a privacidade de i) comunicações eletrônicas enquanto estiverem armazenadas eletronicamente (por exemplo, e-mails armazenados em um servidor); e, ii) informações eletrônicas sobre assinantes e clientes para computação remota e serviços de comunicação eletrônica (por exemplo, nomes de assinantes de serviços de e-mail). Disponível em [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I210618b7ef0811e28578f7ccc38dcbee/Stored-Communications-Act-SCA?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I210618b7ef0811e28578f7ccc38dcbee/Stored-Communications-Act-SCA?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) Acesso em 12 jul. de 2022.

¹²⁷ GARCIA, Fernanda Mathias de Souza Garcia. Herança Digital - O Direito Brasileiro e a Experiência Estrangeira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022. p. 43.

5.2. A sucessão do patrimônio digital interpretada pela jurisprudência nacional

No Brasil, em 2013, uma mãe teve negado pelo Facebook seu pedido administrativo de exclusão da conta de sua filha falecida e o 1º Juizado Especial Central do Estado do Mato Grosso do Sul (Proc. nº 0001007-27.2013.8.12.0110) determinou a desativação do perfil. A justificativa da mãe é que, mesmo após a morte da filha, os amigos da jovem continuavam a postar mensagens, músicas e fotos para ela, o que não lhe facilitava superar sua perda. A juíza Vânia de Paula Arantes, conferiu os requisitos e concedeu a medida liminar, nos seguintes termos:

I – Em razão da especificação constante ao termo de abertura de ação de fl. 1 (insistência da parte), recebo a inicial como obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais.

II – Como é cediço, para a concessão liminar torna-se imprescindível que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança das alegações. Exige-se, ainda, a reversibilidade do provimento antecipado. A fumaça do bom direito ou plausibilidade do direito invocado está consubstanciada na existência de procedimento administrativo referente a exclusão da conta de pessoa falecida por pessoa da família, o qual já foi buscado via online pela autora, mas até o momento não obteve êxito, como se vê pelos documentos de fls. 15 e 20/21. O perigo da demora está consubstanciado no direito da personalidade, tanto da pessoa morta quanto da mãe (art. 12, parágrafo único, do CC), sanando o sofrimento decorrente da transformação do perfil em ‘muro de lamentações’, o que ataca diretamente o direito à dignidade da pessoa humana da genitora, que além do enorme sofrimento decorrente da perda prematura de sua única filha, ainda tem que conviver com pessoas que cultivam a morte e o sofrimento. Se não bastasse, os comentários poderão até se transformarem em ofensas à personalidade da pessoa já falecida, pois estão disponíveis livremente aos usuários do Facebook. Assim, a autora possui legitimidade para pleitear o bem da vida consistente na exclusão do perfil de sua falecida filha do Facebook, razão pela qual o pedido liminar deve ser acolhido¹²⁸.

Em Pompéu-MG, outra mãe procurou o Poder Judiciário em 2017 para ter acesso aos dados do celular da filha falecida (Proc. nº 002337592.2017.8.13.0520). Nesta hipótese, o pedido foi negado em razão da proteção do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas e dados da usuária e dos seus contatos. Não houve recurso contra o indeferimento do pedido.

Em 2020, o Juiz da 10ª Vara de Guarulhos-SP, sob o fundamento do art. 10 do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), permitiu o acesso aos dados de e-mail do Yahoo do falecido

¹²⁸ Disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130424-11.pdf. Acesso em 19 jun. de 2022.

marido à viúva inventariante, relativo à época de negócio imobiliário realizado antes da morte do usuário¹²⁹.

Ao contrário da mãe do Mato Grosso do Sul, outra mãe de São Paulo ajuizou ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer em face do Facebook para a manutenção do perfil de sua filha falecida. Segundo suas alegações, a continuidade da conta de sua filha amenizaria sua perda bem como manteria viva as recordações disponibilizadas por ela e seus seguidores. O TJSP manteve a improcedência da ação por acórdão publicado no DJe de 11/03/2021, nos termos da seguinte ementa:

Ação 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 oriundo – Ausência de ilicitude na conduta da apelada a ensejar responsabilização ou dano moral indenizável – Manutenção da sentença – Recurso não provido¹³⁰.

A 3ª Câmara Cível do TJMG, em recente julgado (AI 1906763-06.2021.8.13.0000 - DJe de 28/01/2022), também manteve a decisão liminar que negou o desbloqueio de um aparelho celular e um notebook da marca Apple de uma pessoa falecida. A justificativa da autora da ação era a inviabilidade de usufruir dos aparelhos pelo desconhecimento da senha de desbloqueio, o que a impossibilitava, inclusive, de vendê-los.

O TJMG entendeu que a autorização judicial para o acesso às informações privadas do usuário falecido deve ser concedida apenas nas hipóteses que houver relevância para o acesso de dados mantidos como sigilosos, o que não restou caracterizado na hipótese.

¹²⁹ Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/processos/208802324/processo-n-1036531-5120188260224-do-tjsp> Acesso em 19 jun. de 2022.

¹³⁰ Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179516485/apelacao-civel-ac-11196886620198260100-sp-1119688-6620198260100> Acesso em 19 jun. de 2022.

5.3. A sucessão do patrimônio digital interpretada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal

O Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ) funciona junto ao Conselho da Justiça Federal e exerce um papel importante de pesquisa e estudo sobre temas jurídicos relevantes, sempre com a participação de especialistas de renome nacional e internacional.

Segundo o Ministro aposentado do STJ, Ruy Rosado, “hoje não se lê obra de doutrina civil ou comercial que não faça referência a enunciados; muitos julgados os citam, inclusive no próprio Superior Tribunal de Justiça. Alguns abrem novos caminhos, como o que tratou do direito ao esquecimento”¹³¹.

A última Jornada de Direito Civil, realizada entre os dias 19 e 20 de maio de 2022, foi dividida em sete Comissões de Trabalho, com a inovação da criação da Comissão de “Direito Digital e Novos Direitos” presidida pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, do STJ. Também participaram da nova Comissão Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda. A Relatora foi a Juíza Federal Caroline Tauk (JFRJ).

Entre os enunciados aprovados, como referido, está o de nº 687 que trata da herança digital: “o patrimônio digital pode integrar o espólio de bens na sucessão legítima do titular falecido, admitindo-se, ainda, sua disposição na forma testamentária ou por codicilo”¹³², com a seguinte justificativa:

A Constituição Federal de 1988 garante o direito de herança como fundamental do cidadão brasileiro (art. 5º, XXX). De outra parte, a revolução tecnológica desenvolvida a partir da internet, das interações em plataformas digitais e redes sociais, além do tráfego de relações oriundo dessas operações conduziram à atribuição de valor econômico a essa nova espécie de patrimônio, denominado “digital”. São exemplos dessa novel categoria: direitos autorais sobre conteúdos digitais; perfis, publicações e interações em redes sociais e plataformas digitais com potencial valor econômico; arquivos em nuvem, contas de e-mail; sítios eletrônicos, bitcoins etc. Assim, o ordenamento jurídico brasileiro não pode recusar tutela jurídica a essa modalidade patrimonial que, ainda que não regulada especificamente por lei (há projeto em tramitação na Câmara dos Deputados: PL n. 1.689/2021) – extrai força normativa da própria Constituição Federal, cabendo aos operadores do direito promover a adequada proteção jurídica dos bens e interesses dos titulares e dos respectivos sucessores, atribuindo-lhes sentido jurídico e econômico nas sucessões legítimas e testamentárias (e até mesmo

¹³¹ Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2018/marco/enunciados-sao-base-para-julgados-e-doutrina-avaliam-coordenadores-de-jornada#:~:text=Os%20enunciados%20aprovados%20na%20Jornada,e%20publica%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20mat%C3%A9ria>. Acesso em 12 jul. de 2022.

¹³² Disponível em <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/enunciados-aprovados-2022-vf.pdf>. Acesso em 10/07/2022.

por meio de codicilos, nos casos de pequena monta). Nestas últimas, em observância ao postulado da autonomia da vontade, devem ser respeitadas, inclusive, as disposições de última vontade de viés negativo, isto é, aquelas que determinem a eliminação total dos dados e informações titularizados pelo de cujus.

É certo que os Enunciados do CJF não vinculam as decisões judiciais dos nossos Tribunais, mas podemos considerá-los uma orientação para as situações jurídicas que ainda não possuem legislação própria ou firme jurisprudência, como é o caso da sucessão do patrimônio digital.

Assim, pela leitura da justificativa, observa-se que o patrimônio digital considerado para ser passível de sucessão foi apenas o de conteúdo econômico. O que já é um começo de definição para o tema referente à herança digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constatação da evolução da tecnologia, notadamente da internet, alterou a noção do meio vivido pela sociedade em geral. Provavelmente, hoje nos relacionamos mais no meio digital no que no mundo real. Bruno Zampier esclarece que:

Para alimentar esse cenário, foram desenvolvidos serviços *on line* que permitem a colocação e difusão de conteúdos gerados por usuários. Esses serviços podem englobar a disponibilização de espaço para guarda e compartilhamento de vídeos (como o *YouTube*, *Vevo* e *MySpace*), de textos (como o *WordPress* e *Blogger*), de fotos (como o *Flickr*, *Picasa* e o *Instagram*). Ademais, há também disponibilização de espaço para criação de base de dados de caráter coletivo (como Wikipédia), para alojamento de ficheiros que podem ser posteriormente descarregados por terceiros (como o *MediaFire* ou *RapidFire*). E, por fim, os serviços denominados de redes sociais, para partilha de textos, fotos, vídeos e outras informações notadamente de caráter pessoal (como o extinto *Orkut*, o *Twitter*, o *LinkedIn* e o que mais sucesso até hoje alcançou, ao menos em perfis criados, o *Facebook*)¹³³.

Buscando trazer reflexões ao debate jurídico atual sobre a sucessão dos bens digitais, esse trabalho propôs analisar as perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais da sucessão do patrimônio digital.

Um dos maiores debates sobre o tema da herança digital e a insegurança jurídica que o ronda se refere à falta de legislação específica para regulá-lo. Por isso, contextualizamos a evolução do Direito Privado, bem como do Direito Constitucional até a teoria do “Direito Civil Constitucional”.

A ausência de legislação específica e a dificuldade explícita em regular o meio digital são abrandadas pelos princípios do Código Civil – eticidade, sociabilidade e operalidade – e a possibilidade da interpretação da legislação à luz da Constituição Federal.

De fato, a existência de cláusulas gerais revelou uma atualização em termos de técnica legislativa e promoveu um fôlego à força normativa do Código Civil de 2002, o que autoriza a utilização dos “conceitos jurídicos indeterminados”, como leciona Judith Martins Costa, e facilita a hermenêutica do operador do direito nas situações jurídicas não regidas especificamente pela legislação vigente, como é o caso da herança digital.

¹³³ ZAMPIER, Bruno. *Bens Digitais*. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021. P. 34

Além disso, a Constituição de 1988, no §1º do art. 5º, determina que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, consagrando a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais.

Ou seja, são reconhecidas pela doutrina majoritária i) a existência e a aplicação de direitos que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, e ii) que as normas constitucionais que asseguram tais direitos têm aplicação imediata. Posição defendida pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal.

Na verdade, existem direitos civis que não encontram tutela ou reconhecimento pelo Direito Civil, mas podem ser protegidos efetivamente pelos princípios e direitos fundamentais estampados na Constituição. E, por essa razão, o fundamento da dignidade da pessoa humana poder ser utilizado diretamente entre uma relação entre marido e mulher, contratantes ou entre empregado e empregador, e entre os usuários da internet em uma “subsunção direta às relações interprivadas” “sem qualquer ponte infraconstitucional”¹³⁴.

Nesse contexto, destaque para o Enunciado 274 do CJF que determina que “*os direitos da personalidade*, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

Além da técnica de ponderação na situação de conflito de princípios e normas, os princípios do Direito Civil Constitucional – dignidade da pessoa humana, solidariedade social e tratamento isonômico – também devem parametrizar as relações do meio digital regidas pelo Direito das Sucessões.

Ressalta-se também a importância do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/2018), que apesar de não tratarem especificamente da sucessão dos bens digitais, trazem em seu bojo fundamentos dentre os quais se destacam os que protegem o desenvolvimento integral da personalidade e a privacidade. Outrossim, como evidenciado, a EC 115/22 incluiu expressamente a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais.

Mesmo com esse quadro legislativo, que permite a interpretação das cláusulas abertas do Código Civil à luz da Constituição e a possibilidade de as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais terem aplicação imediata na relação entre particulares, tramitam em

¹³⁴ TARTUCE, Flávio. O Novo CPC e o Direito Civil. Impactos, diálogos e interações. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p. 19.

nosso Poder Legislativo vários projetos de lei para tratar especificamente sobre a herança digital.

A principal crítica aos projetos de lei é que, em regra, nenhum deles se aprofundou quanto às peculiaridades e ao destino do patrimônio digital moral. Fixaram-se na proteção do direito de herança dos familiares e na sucessão dos bens digitais patrimoniais.

Desse modo, pelo incipiente debate sobre o destino dos bens digitais após a morte dos usuários da Internet, as próprias plataformas disponibilizam “termos de uso e privacidade” que fazem o papel de verdadeiros “testamentos digitais”. Contratos que não respeitam as regras de sucessão (legitimados, limite da legítima, etc) e que apresentam duas situações díspares: ou as informações dos usuários são descartadas ou transformadas em memorial sem possibilidade de acesso ou alteração pela pessoa indicada pelo *de cuius*.

Caracterizados como “contratos de adesão”, suas cláusulas extrapolam a natureza dos serviços prestados pelas plataformas digitais com a indevida ingerência quando os contratos são encerrados pela morte. Os “termos de uso e privacidade” dos provedores de acesso, além de abusivos, são incapazes de sanar as questões postas quanto a possibilidade de sucessão dos bens digitais econômicos e morais.

Isto porque o patrimônio digital econômico é caracterizado pela informação inserida na internet capaz de produzir repercussões econômicas imediatas: aquisição de filmes, músicas, livros, moedas virtuais, milhas aéreas, jogos na internet e seus artefatos, contas comerciais em redes sociais, o que atrairia a tutela jurídica relativa ao direito de propriedade. Bens com aferição econômica visível.

Por sua vez, os bens digitais morais podem ser conceituados como as informações de caráter pessoal, gradualmente inseridas na Internet, capazes de gerar repercussões extrapatrimoniais. É necessário que esse “bem” possibilite a realização de uma função estritamente pessoal para o desenvolvimento da personalidade de cada usuário da Internet no meio digital.

A falta de tratamento diferenciado sobre o destino dos bens econômicos e dos bens morais, seja pelos projetos de lei apresentados seja pelos “termos de uso e privacidade” dos provedores de acesso da internet causa mais insegurança jurídica do que ajuda a resolver as controvérsias que já foram julgados pelos nossos Tribunais e pelos Tribunais estrangeiros.

Como o patrimônio digital econômico é passível de apropriação pela contratação pelo usuário da internet, é considerado uma propriedade imaterial ou incorpórea. Devendo, pois, gozar das mesmas proteções jurídicas constantes dos arts. 1.196 (posse) ou do 1.228 (propriedade) do Código Civil, e por este motivo, sua disposição também deve seguir o

princípio da *saisine* do art. 1.784 do CC quando o titular dos bens digitais patrimoniais falecer. São, por exemplo, as milhas aéreas, downloads de músicas ou vídeos, *paypals* ou *bitcoins*.

Já os bens digitais morais “estão presentes de forma predominante no âmbito dos direitos da personalidade, em razão da sua ligação direta e imediata com a realização da dignidade da pessoa humana”, conforme lição de Ana Carolina Brochado e Livia Teixeira Leal¹³⁵. E, por esse motivo, devem ser observados o exercício do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio da dignidade humana e a legítima autodeterminação informativa para o seu tratamento.

O upload de fotos e vídeo particulares, mensagens de conta de e-mail particular, *direct* do *Instagram*, conversas particulares no WhatsApp, a manifestação de ideias e emoções nas redes sociais, são dados pessoais com estreito vínculo ao exercício dos direitos de personalidade do usuário da internet – com destaque para a privacidade e a imagem.

Por esses motivos, “os dados pessoais em geral são todas expressões da personalidade” e, por essa razão, “seu tratamento só é admitido como decorrência do livre e legítimo exercício da autonomia existencial, que tem sua manifestação mais clara no consentimento”¹³⁶.

Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal asseveram que “ao menos *a priori*, somente deveria seguir a regra do direito sucessório os bens de característica patrimonial, ao passo que os demais não estariam sujeitos à transmissão para seus herdeiros em virtude da preservação da privacidade”¹³⁷, do usuário falecido e das pessoas com que ele se relacionou em vida.

Entendemos, nessa quadra, que somente por disposições testamentárias que expressarem interesses e vontades de natureza pessoal do autor da herança no sentido de autorizar o acesso, os herdeiros poderiam visualizar o patrimônio digital moral, conforme determina o art. 1.857, §2º do CC.

E, reitere-se, i) as redações dos projetos de leis apresentados não solucionarão o destino do patrimônio digital moral; e, ii) os “termos de uso e privacidade” das plataformas digitais não solucionarão o destino do patrimônio digital econômico. As primeiras porque não analisam as nuances do direito de personalidade e a proteção dos dados pessoais; e os segundos, por sua

¹³⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). Herança Digital. Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Editora Foco. 2021. p. 32

¹³⁶ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). Herança Digital. Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Editora Foco. 2021. p. 33.

¹³⁷ HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan/mar 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.01.008, p. 164. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523/350>. Acesso em 10 jun. de 2022.

vez, porque tem a pretensão de excluir ou impedir a movimentação de eventuais negócios rentáveis aos herdeiros pela morte do titular do contrato firmado.

Noutro giro, o Marco Civil da Internet, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a própria Constituição após a EC 115/2022 consolidaram a necessidade da proteção dos dados, inclusive no meio *on line*. Apesar da falta de menção expressa quanto ao tratamento dos dados de pessoas falecidas nos referidos documentos legais, não há impedimento para sua utilização para a proteção da privacidade e imagem do usuário da internet após sua morte.

O Marco Civil da Internet tem como um dos seus principais objetivos a proteção da privacidade, conforme o art. 3º, II da referida lei. Sendo esta também uma das condições para o pleno exercício do direito de acesso à internet, conforme o art. 8º, caput do mesmo diploma legal. Do mesmo modo, o art. 7º da LGPD define que “o tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses: (...) IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais”.

Ademais, o Código Civil autoriza expressamente a tutela póstuma dos direitos de personalidade no parágrafo único do art. 12¹³⁸, o que autoriza a defesa dos interesses extrapatrimoniais dos *de cuius*, entre eles o patrimônio jurídico moral digital. E, essa legitimação para a tutela póstuma dos direitos de personalidade não se confunde com a permissão para sucedê-los.

Neste panorama, se não houver expressa manifestação de vontade do titular do patrimônio digital moral digital – contas e dados pessoais – o acesso a esse conteúdo deve se dar excepcionalmente aos legitimados pelo Código Civil, em conformidade com a boa fé e os princípios da finalidade e adequação fixados pelo art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais¹³⁹; além do art. 10¹⁴⁰ do Marco Civil da Internet.

A vida privada e a imagem do usuário da internet falecido, com efeito, estariam expostos com a divulgação e o acesso das suas informações estritamente pessoais quando não autorizadas

¹³⁸ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

¹³⁹ Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; (...)”

¹⁴⁰ “A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas”.

expressamente, mesmo pelos sucessores legítimos. Contudo, eventuais pedidos de acesso fundamentados dos familiares ou de terceiros devem ser analisados casuisticamente considerado os interesses em jogo.

Por fim, concluímos pela possibilidade da transmissibilidade do patrimônio jurídico digital econômico ou de caráter dúplice e pela impossibilidade da sucessão legítima do patrimônio jurídico digital moral. Este se extinguiria com a morte do usuário da internet, se outra não fosse a vontade do próprio *de cujus* expressada no testamento, codicilo ou mesmo nas manifestações legalmente possíveis perante as plataformas digitais .

No mesmo sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, afirmam que “exige-se, (...), uma cuidadosa análise casuística para que se posicione topologicamente a situação”, pois:

Não havendo manifestação de vontade pelo titular, contudo, entendemos que os dados e informações contidos no mundo virtual (eletrônico) deve seguir uma presunção da autonomia privada do próprio titular. Assim, o que tiver conteúdo econômico será transmitido aos sucessores, integrando a herança (CC, art. 1.784). Porém, não havendo compreensão patrimonial, mas dizendo respeito a informações pessoais (claramente de natureza existencial) não podem ser tomadas pelos sucessores, extinguindo-se com o falecimento, em razão de seu caráter personalíssimo¹⁴¹.

Inclusive, da análise da jurisprudência e da justificativa do Enunciado 687 do Conselho da Justiça Federal, pensamos que essa é a tendência de entendimento predominante.

Fora o *leading case* alemão que considerou a possibilidade da transmissibilidade do contrato de consumo realizado entre a filha falecida e o *Facebook*, os acessos aos dados pessoais dos usuários falecidos ou foram negados, pela violação ao direito de privacidade, ou deferidos parcialmente como o caso de Guarulhos-SP, no qual foi permitido o acesso de e-mail a viúva em razão de negócio imobiliário realizado e documentado na plataforma *Yahoo* pelo marido antes de morrer.

Deveras, a atualização da interpretação das regras e princípios do Direito Civil – especificamente do Direito das Sucessões - à luz da Constituição e teorias jurídicas que priorizam a dignidade da pessoa humana são imprescindíveis para o entendimento das nuances das perspectivas da sucessão do patrimônio digital.

Arrematando com a posição de Pietro Perliengieri:

A tarefa hoje é contribuir para realizar, mediante uma renovada teoria da interpretação, axiologicamente orientada, uma justiça civil na legalidade constitucional e comunitária, utilizando os conteúdos e os valores

¹⁴¹ ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil – Sucessões. 7ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021. p. 46-47.

característicos de tal legalidade não apenas na “releitura” de velhas e novas normas em nível ordinário, mas também na aplicação direta dos enunciados constitucionais. Nessa direção já se orienta grande parte da jurisprudência, seja de mérito, seja de legitimidade. A doutrina, ainda que com contrastes, há tempos parece favorecer semelhante comportamento, contribuindo com a bagagem técnica e cultural indispensável para que a renovação seja concluída no respeito das regras hermenêuticas, na consciência de sua relatividade também histórica e da sua função instrumental em relação aos valores do ordenamento¹⁴².

Enfim, caberá ao aplicador do Direito compatibilizar os direitos fundamentais da privacidade e da proteção dos dados pessoais, munido dos princípios do “Direito Civil Constitucional” para fundamentar sua ponderação, para a análise casuística das situações que abarcarão os pedidos de acesso ao patrimônio digital dos usuários da Internet após sua morte.

¹⁴² PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Org.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 35.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 10. ed. rev. e mod. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.
- ANDRADE, Diogo de Calasans Melo e MAYNARD, Luan Godinho. **Direito Sucessório da Herança Digital Diante da Análise dos Termos/Condição de Uso da Apple e do Kindle**. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões Nº 37 – Jul-Ago/2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 6ª reimpressão.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/ConstituiçãoCompilado.htm>. Acesso em 05/11/2021.
- BUFULIN, Augusto Passamani e CHEIDA, Daniel Souto. **Direito sucessório e a herança digital: uma análise em perspectiva e os desafios do ordenamento jurídico brasileiro**. Revista de Direito Privado. vol. 105. ano 21. p. 225-235. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2020.
- CADAMURO, Lucas Garcia. **Proteção dos Direitos da Personalidade e a Herança Digital**. Curitiba: Juruá, 2019.
- CUNHA, Luciana Gross. Por que devemos confiar no Judiciário? In: **Constituição e Política na Democracia: Aproximações entre Direito e Ciência Política**. Daniel Wang (Org.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 167-178.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 7ª ed., rev, ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- FERNANDES, Marcelo Cama Proença. **Eficácia e Relatividade nas Coligações Contratuais**. Série IDP – Linha Pesquisa Acadêmica. 2014.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 22ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

GARCIA, Fernanda Mathias de Souza Garcia. **Herança Digital** - O Direito Brasileiro e a Experiência Estrangeira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.

GONÇALVES, Jeferson Jaques Ferreira. **A (In)transmissibilidade de contas do instagram como componente de acervo hereditário digital**. Revista de Direito do CAAP. Ouro Preto, v.1, n.1, set. 2021. p. 40/67.

HÄBERLE, Peter. **Os problemas da verdade no Estado Constitucional**. Tradução: Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições para o Século 21**. Tradução: Paulo Geiger. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2018.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas**: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan/mar 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.01.008, p. 164. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/523/350>.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução: João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1996.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e morte do usuário**: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil – Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

MALHEIROS, Pablo et al. - **Transmissibilidade do acervo digital de quem falece**: efeitos dos direitos da personalidade projetados post mortem. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2018, vol. 10, n. 19, p. 564-607, jul-dez, 2018. Disponível em <https://abdconst.com.br/revista20/acervoPablo.pdf>

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Apresentação Alyson Mascaro (Fora de série). 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermênutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade** – Estudos de Direito Constitucional. Celso Bastos editor. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1998.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case Report: **Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital**. RDU, Porto Alegre, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019

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

- MORAES, Rodrigo. **Os direitos do autor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. **Função promocional do testamento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Vol I**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança Digital no Brasil**. Os impactos de sua proposta de tutela sobre a defesa póstuma dos direitos da personalidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Org.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de: Maria Cristina De Cicco. 3ª ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.
- RODOTÁ, Stefano. **A Vida na Sociedade da Vigilância – A privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.
- RODRIGUES, Otávio Luiz Jr. **Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil – Vol. 1**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 2003.
- ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil – Sucessões**. 7ª ed., ver., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.
- SANTOS, Bruno Emanuel Silva Moreira. **A Herança Digital e a Transmissão de Conteúdo Digitais em Vida**. 2016. Biblioteca da Universidade de Minho. Disponível em <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50273>>
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. rev. Ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira**. Civilistica.com, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul./set. 2012. Disponível em: <http://civilistica.com/neoconstitucionalismo/>. Acesso em: 10 de julho de 2022.
- SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHWAB, Klaus. **A Quarta Revolução Industrial**. Tradução: Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVEIRA, Thaís Menezes da; RABELO VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida. **A destinação dos bens digitais post mortem**. Revista dos Tribunais. vol. 996. ano 107. p. 589-621. São Paulo: Ed. RT, outubro 2018.

SOUSA, Ana Cláudia. **Herança Digital Post Mortem**. Fórum de Dir. Civ. – RFDC - Belo Horizonte, ano 7, n. 19, p. 49-65, set./dez. 2018

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** – Direito das Sucessões – Vol. 6.7ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil** – Volume único. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. Impactos, diálogos e interações. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Livia Teixeira (coord.). **Herança Digital**. Controvérsias e Alternativas. Indaiatuba: Editora Foco. 2021.

TEPEDIDO, Gustavo (coord.). **O Código Civil na perspectiva civil-constitucional**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TEPEDIDO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro**. Temas de Direito Civil. Tomo I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Fundamentos do Direito Civil** – Vol. 7 - Direito das Sucessões. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet**: uma lei sem conteúdo normativo. Periódico Scielo. Online. ESTUDOS AVANÇADOS 30 (86), 2016. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/ea/a/n87YsBGnphdHHBSMpCK7zSN/?lang=pt#>>. Acesso em 05/11/2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ZAMPIER, Bruno. **Bens Digitais. Cybercultura, Redes sociais, E-mails, Músicas, Livros, Milhas Aéreas, Moedas Virtuais**. 2ª ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **A aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e a relação dos direitos da personalidade com os direitos fundamentais e os Direitos Humanos**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 18, n. 103, p. 40-67, jul./ago. 2021.

ZUBOFF, Shoshana. **A Era do Capitalismo de Vigilância** – A Luta por um Futuro Humano na Nova Fronteira do Poder. Tradução: George Schlesinger. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.