



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO, REGULAÇÃO E
POLÍTICAS PÚBLICAS - PMPD

FERNANDA MATHIAS DE SOUZA GARCIA

A HERANÇA DIGITAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO
E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Brasília

2021

FERNANDA MATHIAS DE SOUZA GARCIA

**A HERANÇA DIGITAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO
E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Profissional em Direito, Regulação e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direito e Regulação

Orientadora: Professora Doutora Debora Bonat.

Brasília, 26 de novembro de 2021

FERNANDA MATHIAS DE SOUZA GARCIA

A HERANÇA DIGITAL NO ORDENAMENTO PÁTRIO
E A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA

Dissertação apresentada como requisito
para a obtenção do grau de mestre em
Direito da Universidade de Brasília -
UnB.

Linha de pesquisa: Direito e Regulação

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Doutora Debora Bonat
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB
(Orientadora)

Doutor Sidnei Beneti
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Doutor José Julio Fernández Rodríguez
Faculdade da Universidade de Santiago de Compostela - USC

Doutor Henrique Araújo Costa Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – FD/UnB Membro Suplente

Essa dissertação só foi possível pela dedicação que meu marido, amor da minha vida, disponibilizou a mim e ao nosso Henrique, amado filho e alegria da nossa vida familiar. Agradeço aos meus pais pelo exemplo de amor e trabalho honesto, esperando honrar, ao lado da minha querida irmã Ana Luísa, esse legado. Esse projeto se deve à visão institucional do Superior Tribunal de Justiça, bem como à generosidade da minha orientadora Debora Bonat, e claro, a Deus.

Se você se comparar com os outros, pode se tornar vaidoso ou amargo, porque sempre existirão pessoas piores ou melhores que você. Usufria suas conquistas, assim como seus planos. Mantenha o interesse pela sua profissão, por mais humilde que seja. Ela é um bem verdadeiro na sorte inconstante dos tempos. Tenha cautela em seus negócios, pois o mundo está cheio de traições. Mas não deixe isso cegá-lo para a virtude que existe. Muitos lutam por ideais nobres e por toda a parte a vida está cheia de heroísmo. Seja você mesmo. Sobretudo, não finja afeições.

Excerto de Desiderata – Max Ehrmann

AGRADECIMENTOS

Um trabalho acadêmico é normalmente realizado silenciosamente. Isso, porém, não quer dizer que amigos visíveis e invisíveis não estejam lhe acompanhando a cada capítulo que se escreve e a cada momento de satisfação em concluir ideias que poderão ajudar na construção desse mosaico que é uma dissertação.

Desde o início agradeço à Universidade de Brasília e ao Superior Tribunal de Justiça, que, por meio de convênio, permitiram a seus servidores participar de seleção para cursar mestrado profissional com intuito de permitir a interlocução da academia e o judiciário. A atividade-fim da Corte não se afasta da permanente atividade de pesquisa com a finalidade de sugestões de elaboração de votos e decisões, cada dia mais complexos, em virtude de diversos mecanismos processuais que almejam emprestar à Corte a possibilidade de dar maior atenção aos conhecidos *hard cases*.

Sob o ponto de vista acadêmico, agradeço à minha querida orientadora, Dra. Debora Bonat, sempre disposta a ensinar e a compartilhar ideias aptas ao aprimoramento da minha a pesquisa. Agradeço ainda ao Professor Othon de Azevedo Lopes, pela coragem de assumir a primeira coordenação dessa empreitada tão valiosa para os servidores do STJ.

Agradeço, como não poderia deixar ser, aos professores Sidnei Agostinho Beneti e Jose Júlio Fernández Rodríguez, que prontamente aceitaram meu convite para fazer parte da minha banca examinadora.

Sem dúvida essa trajetória acadêmica não poderia ter sido viabilizada sem o apoio do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, um nato *scholar*, a quem tenho a honra de assessorar juridicamente há dez anos no STJ. O aprendizado é diuturno, seja na redação de votos e decisões como *ghost writer*, seja participando de eventos jurídicos de natureza técnica ou pesquisando com empenho para a superação de paradigmas, dentro de um ambiente propício ao trabalho intelectual.

Gostaria ainda de expressar minha profunda gratidão à Patrícia Cândido Alves Ferreira, amiga de todas as horas, inclusive da acadêmica, que superou grandes desafios em seu mestrado e doutorado na Universidade de São Paulo e nunca desistiu de alcançar seus sonhos, sendo, portanto, um exemplo para mim. Na mesma toada, ao casal

Carolina Lisboa e Carlos Bastide Horbach peço licença para agradecer a companhia durante essa fase de intensa dedicação aos estudos. A alegria regada a vinhos e boa comida ao lado de vocês amenizou a luta que é escrever uma dissertação. Por fim, não posso negar o incentivo de tantos amigos ao longo desses dois anos desses amigos de todas as horas: Patrícia Pimentel, Isabella Muller, Mirella Marques, Ângela Banhos, Beth Pellegrini, Eduardo Lycurgo, Rodrigo Rosas e Eduarda Chacon – uma verdadeira confraria pró-mestrado.

Não poderia deixar de enaltecer as preciosas sugestões da querida Professora Silmara Chinellato, Titular da FADUSP e Presidente da Comissão de Propriedade Intelectual do IASP, que por meio de inúmeras mensagens de incentivo e coragem permitiu que eu conseguisse focar no propósito de finalizar esta etapa dos meus estudos. Por sua vez, agradeço à Laura Marques Gonçalves, por ter tido a generosidade de me enviar seu estudo sobre tema similar à minha pesquisa, bem como ao Professor da UFBA Rodrigo Moraes, que me brindou com uma de suas obras, utilizada na pesquisa, demonstrando a verdadeira humanidade e solidariedade acadêmica.

Eu tenho várias famílias. Uma nata e algumas socioafetivas. A todas devo muito. Reitero os agradecimentos aos meus pais por todos os esforços que empreenderam na jornada que é educar um filho, o que hoje me soa mais compreensível.

Por fim, peço a Deus que mantenha todos os Rosas e os Lavocat Galvão sempre por perto, representados por suas matriarcas Célia Rosas e Terezinha Lavocat Galvão. À Maria Pia Baccari e Filippo Vari, minha mãe italiana e meu único fratello, segue todo o meu coração. A distância nunca atrapalhou o convívio e o amor que nos une. Provavelmente eu não seria a mesma pessoa se não tivesse conhecido Massimo Vari (*in memoriam*), um jurista importantíssimo, de vasta cultura, ministro da Corte-Constitucional Italiana, Professor nato, mas que, para mim, o que importava mesmo, é que me chamava de “figlinha”. Aos Baccari-Vari minha eterna gratidão.

RESUMO

A sucessão de bens digitais é uma realidade que precisa ser entendida consoante os parâmetros já existentes no sistema pátrio. O presente estudo parte da normativa do Direito Sucessório brasileiro, perpassando pelo estudo do sujeito de direito, sob o qual gravita o sistema, e dos bens por ele amealhados ao longo da sua vida digital. A fim de se alcançar soluções para os conflitos característicos da dinâmica imposta pelas plataformas privadas, realiza-se uma averiguação de regras análogas no ordenamento, como as concernentes aos Direitos Autorais, bem como dos casos já apresentados em juízo e da legislação proposta para saná-los. Por sua vez, busca-se avaliar as hipóteses semelhantes ocorridas no mundo e a normatização plasmada em alguns países acerca da herança digital, sob o prisma da privacidade, honra e imagem do falecido e de todos os envolvidos nessas novas relações. Ao final, apresentam-se conclusões que demonstram a possibilidade de compatibilização do mundo virtual com o analógico.

PALAVRAS -CHAVE: Herança digital. Personalidade digital. Bens digitais. Proteção *post mortem*. Direito Comparado.

ABSTRACT

The digital assets succession is a reality that needs to be understood according to the parameters that already exist in the national system. This study departs from the norms of Brazilian succession law, passing through the study of the subject of law, under which the system gravitates, and of the assets it amassed throughout its digital life. In order to reach solutions to the conflicts characteristic of the dynamics imposed by private platforms, an investigation of analogous rules in the order is carried out, such as those concerning copyright, as well as the cases already presented in court and the legislation proposed to remedy them. In turn, it seeks to evaluate similar hypotheses that occurred in the world and the standardization shaped in some countries about digital heritage, under the prism of privacy, honor and image of the deceased and of all those involved in these new relationships. At the end, conclusions are presented that demonstrate the possibility of making the virtual world compatible with the analogue one.

KEYWORDS: Digital heritage. Digital personality. Digital assets. *Post mortem* protection. Comparative Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO.....	15
1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA.....	15
1.2 REFLEXÕES ACERCA DA LEGÍTIMA.....	18
1.3 O CONTEXTO DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NO BRASIL.....	27
1.4 O HERDEIRO SOCIOAFETIVO.....	31
CAPÍTULO II: A HERANÇA DIGITAL.....	35
2.1 A HERANÇA DIGITAL PELO MUNDO E NO BRASIL.....	35
2.1.1 A atuação judicial em casos de herança digital.....	38
2.1.2 Casos pelo mundo.....	39
2.1.2.1. <i>A busca por motivos para um acidente fatal.....</i>	<i>39</i>
2.1.2.2. <i>A morte de um soldado no front e seus últimos e-mails.....</i>	<i>41</i>
2.1.2.3. <i>A celeuma acerca da biblioteca virtual do ator Bruce Willis.....</i>	<i>42</i>
2.1.2.4. <i>O leading case alemão.....</i>	<i>42</i>
2.2 POSICIONAMENTO JUDICIAL SOBRE HERANÇA DIGITAL NO BRASIL.....	47
2.2.1 Processo n. 0001007-27.2013.8.12.0110.....	47
2.2.2 Processo n. 0023375-92.2017.8.13.0520.....	49
2.2.3 Processo n. 1036531-51.2018.8.26.0224.....	50
2.2.4 Processo n. 1119688-66-2019.8.26.0100.....	50
2.3 A REGULÇÃO DA HERANÇA DIGITAL PELO MUNDO.....	53
2.3.1 Estados Unidos da América (EUA).....	54
2.3.2 Continente Europeu.....	59
2.3.2.1 <i>Bulgária.....</i>	<i>59</i>
2.3.2.2 <i>Estônia.....</i>	<i>60</i>
2.3.2.3 <i>Holanda.....</i>	<i>61</i>
2.3.2.4 <i>Itália.....</i>	<i>62</i>
2.3.2.5 <i>Espanha.....</i>	<i>63</i>
2.3.3 China.....	64
2.4 OS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO BRASIL.....	65

<u>CAPÍTULO III - Direitos da Personalidade e Bens Digitais.....</u>	<u>69</u>
<u>3.1 A SUCESSÃO DIGITAL A PARTIR DA ÓTICA DOS SUJEITOS E BENS ENVOLVIDOS.....</u>	<u>69</u>
<u>3.2 A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE VIRTUAL <i>POST-MORTEM NO MUNDO</i>.....</u>	<u>72</u>
<u>3.3 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE <i>POST MORTEM NO BRASIL</i>.....</u>	<u>74</u>
<u>3.3.1 A personalidade <i>post mortem</i> na jurisprudência e na doutrina brasileiras</u>	<u>77</u>
<u>3.3.2 A prestação de serviços <i>online</i> : sucessão de meras posições contratuais</u>	<u>84</u>
<u>3.3.3 Privacidade e autonomia da vontade do sujeito de direito.....</u>	<u>88</u>
<u>3.3.4 A refutável alegação de violação dos direitos de terceiros interlocutores</u>	<u>89</u>
<u>3.3.5 O direitos autorais na legislação brasileira e os reflexos nos bens digitais</u>	<u>93</u>
<u>3.4 DOS BENS JURÍDICOS DIGITAIS.....</u>	<u>100</u>
<u>3.5 SUCESSÃO DIGITAL NO BRASIL: LIMITES E POSSIBILIDADES.....</u>	<u>104</u>
<u>CONCLUSÃO.....</u>	<u>120</u>
<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>124</u>

INTRODUÇÃO

Ao longo da vida, inúmeras informações são adquiridas e compartilhadas com interlocutores por meio de plataformas digitais. Essa mudança social está vinculada, entre outros fenômenos, à chamada Quarta Revolução Industrial.

Giorgio Resta (2014, p. 891), ao iniciar um importante estudo sobre a morte digital, tema que resiste a simplificações, cita uma impactante frase de Boyden (2013), que permeia as preocupações acerca dessa nova realidade: **“Internauti, pentitevi: la fine della privacy è prossima”**

O aviso, um tanto quanto apocalíptico, anuncia a necessidade de enfrentamento de um novo contexto social decorrente do avanço tecnológico, no qual a sociedade global está inserida. Os conflitos inerentes a essa nova complexidade instigam o enfrentamento do destino dos dados digitais com a morte dos usuários, dada a amplitude de conexões e a fragmentação das relações celebradas a partir de novos paradigmas impostos pela transformação digital.

Giorgio Resta (2014, p. 894) aponta para problemas relevantes ao mencionar que, a cada minuto, morrem em média três usuários do Facebook e que 5% de toda a comunidade da plataforma ativa retratam a ideia de zumbis digitais.¹ O autor destaca ainda os três principais problemas centrais extraídos da morte digital, a saber: a tutela *post mortem* da personalidade; os parâmetros da sucessão digital (que coisa, como e a quem se transmite); e o desenvolvimento de uma teoria adequada de compartilhamento de dados (RESTA, 2014, p. 898).

A preocupação se impõe na medida em que a maioria dos usuários não foram preparados ou sequer educados para se posicionar em vida acerca do seu valioso patrimônio digital. O destino do rastro digital, diante do implacável e certo evento futuro da morte, é o tema do presente estudo, ou seja, a sucessão digital.²

¹ O termo busca chamar a atenção para a indispensável proteção pós-morte da dignidade e da identidade do falecido, que passa a perambular pela rede como um “zumbi digital”.

² Acerca da nomenclatura “herança digital”, que se popularizou na identificação do tema e que será utilizada ao longo do estudo, há controvérsias semânticas. A própria literatura nacional e estrangeira discute acerca do melhor termo para definir o problema, se “morte digital”, “herança digital”, “sucessão do patrimônio digital”, dentre outros. Confira-se: MARINO, 2018, p. 167 e LIVIA TEIXEIRA LEAL, 2018. Válido, mencionar, por oportuno, a justificativa que Giuseppe Marino dá para optar pelo termo “sucessão digital”: “Se ne ritrae, dunque, che la locuzione «successione digitale» – per quanto brevilouquente e, inevitabilmente, ellittica – appare preferibile perché capace di condensare le questioni concernenti, per un verso, il profilo della trasmissione di diritti e rapporti giuridici aventi ad oggetto contenuti digitali di carattere patrimoniale

O valor do patrimônio digital é incomensurável ou de difícil monetização e sua destinação ainda incerta na legislação e na jurisprudência mundial, já tendo sido objeto de preocupação da UNESCO, que, em 17 de outubro de 2003, em sua “Carta sobre a Preservação do Patrimônio Digital”, buscou identificar, em seu art. 1º, conceitos e estratégias para fomentar a discussão internacional.

A sucessão *post mortem* do conteúdo digital tem sido objeto de preocupações pelo mundo afora. O Brasil, como não poderia deixar de ser, já vem sendo instado a se posicionar sobre o tema. Afinal, a aparente perenidade e infinitude dos dados e das informações compartilhadas na rede, cuja morte a princípio não apaga, pode ser observada a partir de inúmeros ângulos e perspectivas e envolve o globo como um todo.

A velocidade com que a tecnologia se popularizou, por meio da facilidade de sua disponibilização, da rapidez de tráfego e dos novos mecanismos de acesso a dados, acabou por alterar o modo de vida da sociedade. A vida na rede gera, indubitavelmente, efeitos políticos, econômicos, jurídicos e existenciais de toda ordem (SARLET, 2018, p. 35). De fato, “em razão da extrema complexidade advinda do uso da tecnologia – notadamente da tecnologia aplicada diretamente à vida, ou seja, à biotecnologia –, alguns cânones da civilização ocidental se tornaram completamente obsoletos” (SARLET, 2018, p. 34).

Nesse contexto, a produção de dados foi exponencialmente potencializada. As grandes plataformas digitais cresceram incomensuravelmente e, por consequência, são os repositórios de todo esse rastro – cuja posse lhes é repassada por termos de uso contratuais, nem sempre claros acerca da opção com o advento da morte do consumidor-usuário.

Inicialmente, importa esclarecer que parte da doutrina brasileira defende a intransmissibilidade de bens cujo conteúdo teria caráter existencial, posicionamento que não encontra respaldo na maioria dos entendimentos legislativos do mundo, cuja conclusão é pela sucessão plena e universal, sem distinções de outra ordem.

Por sua vez, o Brasil vem tentando elaborar alguns projetos de lei sobre o tema e o Judiciário pátrio tem sido instado a se posicionar sobre litígios envolvendo as plataformas digitais e o interesse de herdeiros dos usuários falecidos.

e, per altro, quello della continuazione della personalità del defunto, per come sviluppatasi sulla rete, riguardate attraverso il prisma della disciplina delle successioni *mortis causa*” (MARINO, 2018, p. 169).

Está, portanto, na ordem do dia, indagar qual o melhor caminho a se trilhar quanto à transmissibilidade *mortis causa* dos bens digitais.

A proteção de todos os sujeitos de direito envolvidos nas relações digitais (usuário e terceiros interlocutores durante a vida) precisa ser garantida pelo ordenamento que já prevê institutos que consagram a importância dos direitos de personalidade, da privacidade, da autodeterminação informativa e da conservação de segredos, os quais não são, obviamente, renegados ou menosprezados diante da realidade digital.

Desse modo, divide-se o trabalho em três capítulos.

No primeiro, apresentam-se as regras gerais que regulam o ordenamento sucessório brasileiro, a partir da legislação, da doutrina e da jurisprudência, com intuito de compreender se os institutos já à disposição no mundo analógico servirão para resolver os diversos conflitos relativos à sucessão dos bens digitais.

No segundo capítulo, aprofunda-se o conceito de “herança digital” e as teorias que o circundam, discutindo-se, ainda, como o mundo e o Brasil vêm buscando dirimir litígios por meio do Poder Judiciário, bem como pelo Poder Legislativo, que já vêm se manifestando acerca do tema. Tenta-se construir um panorama internacional de julgados e experiências legislativas a fim de servir de inspiração para as recentes lides apresentadas no Brasil e que dependem da segurança de legislações ainda em tramitação.

Finalmente, no terceiro capítulo, pretende-se avaliar os sujeitos envolvidos nessas complexas relações, a partir de diversos ramos do direito, assim como os bens sobre os quais as discussões sucessórias circundam.

Como marco teórico foram utilizados dois textos como fonte de inspiração: “La ‘Morte’ Digitale”, de Giorgio Resta; e o “Case Report: Corte alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital”, de Laura Schertel Ferreira Mendes e Karina Nunes Fritz. O estudo buscou analisar a doutrina, a legislação sobre o tema e a jurisprudência conhecida até então, por meio do método dedutivo-indutivo e de investigação bibliográfica.

Ao final, algumas propostas são apontadas, como meio a ser aprofundado em tema de alta complexidade e que envolve não apenas o Brasil, mas o mundo.

CAPÍTULO I: CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A morte é um nivelador universal e uma das únicas certezas da vida.³ Os sistemas jurídicos de todos os ordenamentos do mundo são desafiados a regular esse fato, um fenômeno inevitável da existência humana.

No Brasil, o direito à herança tem previsão constitucional (art. 5º, XXX) e constitui uma verdadeira garantia fundamental. O livro V do Código Civil de 2002, intitulado “Das Sucessões”, detalha o modo pelo qual o acervo patrimonial do autor da herança é transferido *causa mortis* aos herdeiros, a partir de princípios e regras plasmados no sistema (arts. 1.784 a 2.027 do Código Civil de 2002).

A importância do quinto livro do Código Civil é ressaltada por Giselda Hironaka:

Assim como a vida termina com a morte, o Código Civil também termina com ela, e este é, sem dúvida, um lembrete para o quanto o Código Civil é um belíssimo retrato da vida dos particulares. Começa, o Código, com o surgimento da própria vida, ao tematizar a personalidade; em seguida, avança para as relações obrigacionais e o trato das coisas (o núcleo patrimonial da vida de todo cidadão), atingindo o ápice nas relações havidas entre entes familiares (o núcleo existencial e destino de vida de todo o cidadão); por fim, conclui-se com o fato da morte (o núcleo da transmissão hereditária e destino final de vida de todo homem). O direito civil realmente está presente em todas as fases de nossas vidas, o que inclui, evidentemente, a morte e suas consequências. É inevitável pensar na morte, portanto, ao se atravessar o direito civil e, sobretudo, ao se atingir a culminância dos seus grandes temas. (HIRONAKA, 2013, p. 20-21)

O Código Civil de 1916, influenciado por princípios patrimonialistas e conservadores, cedeu espaço a uma nova ordem com a promulgação da Constituição Federal de 1988, complementada pelo Código Civil de 2002, que conferiu maior abertura

³ Segundo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “Vivemos para morrer um dia. Mesmo que estejamos certos de que haverá outra chance em alguma espécie de vida além-túmulo, a morte e o túmulo nos aguardam sem pressa. Não apenas a nossa morte, mas, principalmente, a morte dos outros – e talvez mais ainda a morte dos nossos entes queridos – ronda-nos sem cessar. Em nossa memória mantém-se sempre viva a lembrança da ausência daqueles que amamos, para nossa saudade. Nossos álbuns de família estão cheios de mortos, mais ou menos saudosos, assim como os cemitérios, que alguns costumam frequentar, às vezes se tornaram uma espécie de extensão dos seus próprios lares. Sem que nos programemos para isso, somos visitados pela morte alheia, convidados a revisitar o cemitério. As salas de velório, palco da última cena daquele que está morto, revelam-se ambientes privilegiados para a reflexão sobre a vida e a relação de cada um com os seus familiares, amigos e colegas – e a relação deles conosco, quando formos nós o centro dessas atenções” (HIRONAKA, 2013, p. 17).

ao sistema, porquanto calcado em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Não por um acaso o direito à herança constitui uma garantia fundamental.

A palavra “sucessão” reflete inúmeros significados. No “Dicionário Aurélio online”, por exemplo, pode ter diferentes sentidos, tais como: (i) “ato ou efeito de suceder, de vir depois; continuação”; (ii) “sequência de pessoas, de eventos, de circunstâncias que ocorrem sem pausas ou com pequeno intervalo: sucessão de reis, de ideias”; (iii) “ação de quem assume o lugar ou trabalho de outra pessoa”; e, no sentido jurídico, (iv) retrata a “transmissão dos direitos e bens de quem faleceu”; ou ainda “herança”. Em sentido figurado, expressa o “conjunto dos herdeiros ou quem descende de alguém falecido; prole ou descendência”.⁴

Clóvis Beviláqua (1955, p. 11) conceitua “Direito Hereditário ou das Sucessões” como o “complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir”. O autor ensina que “essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido denomina-se herança; e quem o recebe se diz herdeiro”.

Assim como em outros sistemas do mundo,⁵ o ordenamento jurídico pátrio reserva a metade da herança a herdeiros necessários arrolados previamente em lei em prol da família, do direito de propriedade, da dignidade humana e da solidariedade, permitindo que a outra metade seja destinada por meio de testamento pelo autor da herança. Eis a dicção do art. 1.786 do CC/2002, que retrata as duas espécies de sucessão adotadas no Brasil: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

4 Disponível em: <https://www.dicio.com.br/sucessao/>. Acesso em: 1 jul. 2021.

5 Válido, mencionar, a título de exemplo, lição de Maria Carolina Nery, em artigo intitulado “Sucessão de Cônjuge e Companheiro no Direito Alemão”, baseada em obra de autoria de Reinhard Zimmermann: “A sucessão, no direito alemão, dá-se de duas maneiras: pela disposição da parte falecida (geralmente em forma de testamento) ou na forma da lei (gesetzliche Erbfolge). Na Alemanha, apenas 25 a 35% da população deixa testamento, de maneira que a sucessão legal é de extrema importância para o sistema”. Segundo ainda a autora: *“a ordem de vocação hereditária, no direito alemão, assemelha-se muito à do sistema brasileiro, no sentido de que há classes de herdeiros que devem ser respeitadas e que herdeiros de classe mais próxima de parentesco do falecido excluem da sucessão herdeiros de classe mais remota (BGB §§ 1924, 1930)”*

(NERY, 2018, p. 179). Por seu turno, María Fernández- Hierro e Marta Fernández-Hierro enfatizam que a maioria dos ordenamentos jurídicos vigentes tanto no Direito Comparado Internacional, como a nível estatal, classificam a liberdade de testar por meio do instituto da legítima (grupo subdividido em sistemas clássicos, híbridos ou excepcionais) ou da forma exclusivamente testamentária (FERNÁNDEZ-HIERRO; FERNÁNDEZ-HIERRO, 2010, p. 26-27). No estudo, as autoras analisam, além de diversas províncias da Espanha, os ordenamentos da Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda, Canadá, Estados Unidos, México, França, Itália, Portugal, Suíça, Bélgica e Alemanha.

Segundo Washington de Barros Monteiro (2009), a sucessão legítima entre nós é a preferida, a despeito de o testamento ter desfrutado de “grande favor entre os romanos”, para os quais o ato era classificado como de direito público. Os romanos consideravam “de certa forma uma vergonha morrer *ab intestato*”. O autor ainda provoca certas indagações quanto à predileção do sistema pela legítima:

Qual a causa dessa preferência? Instintiva sabedoria do nosso povo, que, intuitivamente, sente a superioridade da primeira forma de sucessão, em que vislumbra obra de Deus, em contraste com a segunda, fruto, muitas vezes, da fraqueza humana e das suas paixões? Pueril temor de acelerar a morte com a feitura do testamento? Timidez, apego à vida, ideias supersticiosas, que fazem detestar a expressão formal das últimas vontades, caminhando-se assim, numa feliz imagem, de costas para a morte, com os olhos apenas voltados para a vida? (MONTEIRO; PINTO, 2009, p. 123).

Os herdeiros legítimos são aqueles vocacionados a receber *ex lege* a universalidade de direitos (coleção de bens e obrigações passíveis de transmissão sucessória). Nessa sucessão, denominada de legítima ou *ab intestato* (sem testamento), o Estado sub-roga-se à vontade do falecido ao determinar, aprioristicamente, o destino certo de metade do seu acervo patrimonial aos herdeiros necessários (art. 1.789 do CC/2002).

Portanto, a vocação hereditária revela uma norma de ordem pública, no que tange à parcela indisponível da herança, que restringe a liberdade do *de cuius* em prol do vínculo familiar (art. 1.829 do CC/2002). Por sua vez, os herdeiros testamentários são os indicados pelo testador para sucedê-lo na parte disponível, que corresponde a 50% do patrimônio remanescente.⁶

Desse modo, o sistema brasileiro confere uma autonomia privada “relativa” ao autor da herança. Maria Helena Diniz (1998, p. 112-113) afirma que, na sucessão *post mortem*, tanto a autonomia da vontade, viabilizadora da disposição por atos de última vontade dos bens, como a supremacia da ordem pública, que cerceia a liberdade de dispor, são princípios fundamentais para o sistema, por ela considerado “indubitavelmente” como o que “melhor atende aos interesses da família”.

Clóvis Beviláqua (1955, p. 12-13) concorda com tal reflexão, opondo-se a juristas e filósofos do porte de Montesquieu e Augusto Comte,⁷ que repudiavam a legítima, por

⁶ Confirmam-se: art. 57 do Código Civil de 1916 e art. 91 do Código Civil de 2002.

⁷ Augusto Comte julgava imoral a sucessão legítima, porque, no estado normal da civilização, os filhos “depois de receberam uma educação completa, não deviam esperar dos pais, qualquer que fosse a sua fortuna, senão o auxílio indispensável para a honrosa inauguração da carreira que escolhessem” (Augusto Comte apud BEVILÁQUA, 1955, p. 12).

considerar que, ao não se interromper a cadeia das gerações que continuamente se sucedem e se renovam, se viabilizaria a conservação e o desfrute dos bens necessários ao desenvolvimento da própria humanidade.

A propósito quanto às sucessões transnacionais, ou seja, aquelas que abrangem nacionalidades distintas dos envolvidos na sucessão, localização geográfica dos bens, realização de testamento em outro país e até mesmo abertura da sucessão fora do Brasil, aplicam-se as regras de Direito Internacional Privado, em lição assim exposta:

Até 1942, o Brasil adotava como critério a nacionalidade, porém, com a adoção da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), o critério domiciliar substituiu a nacionalidade como regra de conexão. Contudo, persiste uma exceção à regra, ainda privilegiando a nacionalidade. Trata-se da proteção de filhos e cônjuges brasileiros quando houver bens no Brasil, conforme preconiza a Constituição Federal combinada com a LINDB (art. 5º, XXXI, da CF e § 1º do art. 10 da LINDB). (GURGEL, 2017, p. 15).

À luz do art. 1.785 do CC/2002, “a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido”. Deve-se, todavia, alertar para a circunstância de que dois momentos são distintos na determinação das regras aplicáveis à sucessão, sendo o primeiro aquele no qual se determina a competência jurisdicional, e o segundo o da fixação da lei aplicável à espécie (GURGEL, 2017, p. 16).

Importa assentar que os óbitos ocorridos até 10.1.2003 submetem-se ao Código Civil de 1916, como restou literalmente disposto no art. 2.041 do CC/2002: “As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829 a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916)”.

1.2 REFLEXÕES ACERCA DA LEGÍTIMA

Como visto, a legítima concilia a autonomia privada com a própria solidariedade familiar.

Orlando Gomes (2012, p. 39) explica que, na sucessão legítima, existem herdeiros do autor da herança que, de pleno direito, já fazem jus ao recolhimento de parte do acervo. Outra hipótese para sua incidência é o fato de não haver o testador disposto de todos os seus bens na parte disponível ou ainda ocorrer eventual caducidade ou declaração de invalidade do testamento.

O autor ainda esclarece existir uma terceira categoria de herdeiros, os denominados facultativos, também legitimados a receber a herança a partir do critério legal, desde que o testador não haja previsto de modo diverso por meio de disposição de última vontade. Dentro dessa categoria encontram-se os colaterais até o quarto grau. E conclui Gomes que, “havendo herdeiros necessários, a liberdade de testar é restrita à metade disponível; havendo somente herdeiros facultativos é plena. Todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário” (GOMES, 2012, p. 41).

É bem verdade que a legítima poderá vir a ser excepcionalmente afastada em casos de deserção (art. 1.961 do CC/2002) ou indignidade (art. 1.814 do CC/2002) do herdeiro necessário, hipóteses em que a cota indisponível se liberta da limitação legal.

A transmissão patrimonial nesse tipo de sucessão segue o que se denomina de ordem da vocação hereditária, constante do art. 1.829 do Código Civil de 2002, “uma escala que atribui a determinada classe a preferência quase absoluta, excluindo as classes seguintes” (FRAGOSO, 2004, p. 53). Ao assim estipular, o ordenamento encontra inspiração em Códigos modernos, tais como o italiano, o português, o espanhol, o argentino e o chileno (FRAGOSO, 2004, p. 53). É possível ainda excluir-se o direito de herança na hipótese de renúncia, perfectibilizada por meio de escritura pública ou termo judicial (art. 1.806 do CC/2002).⁸

O Estado não integra a ordem de vocação hereditária, porém poderá vir a recolher o monte hereditário na ausência de herdeiros indicados na ordem de vocação hereditária ou de testamento (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2020).

Ainda quanto à ordem de vocação hereditária dos herdeiros legítimos ou facultativos, é necessário registrar duas regras nucleares que regem a matéria: a primeira, a de que uma classe sucessível somente é chamada quando inexistirem herdeiros na classe

⁸Euclides de Oliveira esclarece o seguinte: “A parte do renunciante acresce à dos outros herdeiros da mesma classe ou, se o renunciante for o único de sua classe, a herança é atribuída aos seus descendentes, por direito próprio, ou devolvida aos da classe subsequente (arts. 1.810 e 1.811 do Código Civil). Importa dizer, assim, que ninguém pode suceder por representação do herdeiro renunciante” (OLIVEIRA, 2004, p. 59). A propósito, confirmam-se dois importantes julgados do STJ acerca da renúncia à herança e, conseqüentemente, da sua outra face, a aceitação: REsp 1622331/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016 e REsp 1433650/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 04/02/2020).

precedente. E a segunda, de que, dentro de uma mesma classe, os parentes mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.⁹

Orlando Gomes (2012, p. 90) consigna que, ainda que outras legislações admitam os pactos sucessórios, estes são vedados no Brasil, tendo em vista a proibição de ser objeto de contrato a herança de pessoa viva. Menciona que a proibição de negócio bilateral nessa hipótese é absoluta, incluindo-se os pactos antenupciais.

Registre-se, por oportuno, que o Código Civil de 2002 inovou ao alçar o cônjuge sobrevivente à condição de herdeiro necessário. O cônjuge herda ao lado dos descendentes ou ascendentes (art. 1.845 do CC/2002), em regime de concorrência, ou até de forma exclusiva na falta daqueles. Como se nota, o artigo não arrola os colaterais como herdeiros necessários, porquanto meramente legais.

No Brasil, o modo pelo qual o cônjuge ou companheiro herda está atrelado ao regime de casamento ou união estável adotado em vida pelo falecido (art. 1.829, I, do CC/2002)¹⁰. A fórmula legal considera em sua proposição o direito de meação e de herança, que pode ser explicada pela premissa de que “quem herda não meia, quem meia não herda”. Nessa equação, quase matemática, deve-se ainda considerar a existência de patrimônio particular, o que acrescenta fator importante na hipótese de concorrência hereditária.

A complexa regra decorrente do truncado texto do art. 1.829 do CC/2002 foi objeto de estudos doutrinários, como o que ora se apresenta:

A intenção por trás da vocação hereditária ao viúvo é assegurar uma parcela patrimonial sobre os bens particulares do sucedido, o que só ocorrerá no regime da comunhão parcial de bens e no regime convencional da total separação. Interpretar de outra forma é contrariar o que está na lei e o espírito do legislador, que foi o de conferir ao cônjuge o mesmo status da prole. (FRAGOSO, 2004, p. 54).

⁹ A representação ou substituição de herdeiro apenas se realiza em linha descendente ou colateral (art. 1.852 do Código Civil de 2002). Em outras palavras: “tanto na linha descendente, como na colateral, somente os descendentes podem ser representantes” (RIZZARDO, 2018, p. 233).

¹⁰ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente;

IV- aos colaterais”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm
Acesso em: 7 set. 2021.

Assim, a concorrência com os descendentes só se perfaz em relação aos bens comunicáveis pelo regime matrimonial, os quais pertencem ao viúvo como legítima. Na ausência de descendentes, difere-se a sucessão dos ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, garantindo-se ao cônjuge a participação na sucessão independentemente do regime de bens firmado com o falecido (art. 1.837 do CC/2002).

Ao se tratar de cônjuge supérstite, no regime da comunhão parcial, ele recebe, por direito de meação, os bens comunicáveis e, por direito de herança, mais uma cota-parte igual à dos descendentes, concernente aos bens particulares ou comunicáveis do cônjuge falecido. Quanto ao regime da separação obrigatória ou legal de bens, a lei afasta a concorrência, como já explicitado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).¹¹

A polêmica maior quanto ao inciso I do art. 1.829 girava em torno das consequências hereditárias quando adotado em vida o regime da separação convencional de bens. A Corte chegou a ter entendimentos díspares sobre o tema, tendo finalmente uniformizado a tese em julgamento na Segunda Seção, que garantiu ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da separação convencional de bens, concorrer em igualdade de condições com os demais herdeiros necessários, observada a ordem de vocação hereditária.¹²

Por outro lado, o art. 1.838 do CC/2002 preceitua que, na ausência de descendentes ou ascendentes, por ocasião da abertura da sucessão, herda o cônjuge supérstite por inteiro, excluindo os colaterais.

Consigne-se, ainda, o acerto da jurisprudência do STJ ao reconhecer o direito real de habitação tanto ao cônjuge supérstite como ao companheiro,¹³ evitando-se o desamparo da moradia em momento de fragilidade de vida (art. 1.831 do CC/2002), circunstância que independente do regime de bens eleito para reger a relação.

Entre as novidades extraídas da corrente do Direito Civil Constitucional, está a influência dos princípios da dignidade humana (art. 1º, III, da CF/1988), da solidariedade

11 REsp 1382170/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/04/2015, DJe 26/05/2015.

12 AgInt nos EAREsp 1248601/MG, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, DJe 15/03/2019. No mesmo sentido: REsp 1759652/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 25/09/2020; AgInt no REsp 1878044/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 01/09/2020; AgInt nos EDcl no AREsp 1474645/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 03/03/2020; REsp 1674162/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 26/10/2018.

13 REsp 1582178/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 14/09/2018 e AgInt no REsp 1757984/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 30/08/2019, dentre outros.

(art. 3º, I, da CF/1988) e da garantia a um mínimo existencial, em prol da valorização do cônjuge supérstite, alçado a herdeiro necessário no Código Civil de 2002 (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2020). Na mesma toada, o companheiro recebeu tratamento equânime ao do cônjuge pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

No que diz respeito à ordem de vocação hereditária do companheiro, é importante tecer algumas considerações.

O Supremo Tribunal Federal, quinze anos após a vigência do Código Civil de 2002, declarou, pelo rito da repercussão geral, a inconstitucionalidade do art. 1.790, que implementava distinção de regras sucessórias entre cônjuges e companheiros. A Corte equiparou os direitos hereditários de ambos ao proclamar a aplicação de regras igualitárias no que se referia à vocação hereditária no casamento ou na união estável, nos termos do regime do art. 1.829 do CC/2002 (RE 878.694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 6/2/2018; Tema 809/STF).¹⁴

Ao final, a Corte restringiu a aplicação do entendimento jurisprudencial aos processos judiciais ainda pendentes de trânsito em julgado da sentença de partilha ou às partilhas extrajudiciais em que ainda não houvesse sido lavrada a escritura pública, ensejando algumas críticas por ter afastado a regra válida no momento da abertura da sucessão.

Ao assim decidir, o STF realizou o princípio da isonomia, corrigindo a falta de técnica do CC/2002 que, a título exemplificativo, considerava o companheiro um herdeiro facultativo, desprovido do direito à quota mínima (art. 1.832 do CC), além de enquadrá-lo em último lugar na ordem de vocação hereditária. O companheiro ainda havia sido alijado do direito real de habitação, situação corrigida pela jurisprudência como já anunciado.

Desse modo, consagrou-se a inexistência de hierarquia entre as famílias constituídas pelo casamento ou pela união estável. A facilitação da conversão da união estável em casamento tem a aptidão de simplificar a formalização das relações já existentes, garantindo -se a facilitação da comprovação do relacionamento, nada mais (LEITE, 2018, p. 171).

¹⁴ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 7 set. 2021.

O STJ, em ato contínuo, observou o novo entendimento.¹⁵

A transmissão *causa mortis* se verifica, imediata e automaticamente, após a morte ou a sua presunção (art. 1.784 do CC/2002). É o que se denomina de direito de *saisine*,¹⁶ cuja previsão pode ser aferida expressamente do art. 724 do Code Civil Francês.¹⁷ Os herdeiros são automaticamente considerados titulares dos direitos hereditários uma vez aberta a sucessão, motivo pelo qual estão autorizados a realizar a transferência de cotas, por meio de cessão, a pessoas estranhas, mesmo antes da abertura do inventário, até o fim da partilha, desde que observado o direito de preferência dos coerdeiros (FRAGOSO, 2004, p. 53).

No Brasil prevalecia o sistema romanístico, o que foi alterado com a introdução do Alvará de 9 de novembro de 1754,¹⁸ pelo qual, com o advento da morte, a posse dos bens do falecido seria transferida de pronto a quem de direito, evitando-se a perpetuação de abusos na assunção da posse de heranças abertas até então (CORREIA, 2017, p. 107). Segundo Caio Mário da Silva Pereira (1994, p. 17), tal ato significou um relevante marco no aprimoramento do Direito Sucessório brasileiro.

No Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 1916), a transmissão imediata do domínio e da posse aos herdeiros legítimos e testamentários com a abertura da sucessão foi reiterada, como se observa do art. 1.572, ao dispor que, aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança lhes é transmitido desde logo. O Código de 2002 repristina a regra no art. 1.784, assim transcrito: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.”

15 REsp 1.332.773/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017.

16 Confira-se interessante lição de Caio Mário da Silva Pereira acerca das origens do “Droit de saisine”: Na Idade Média, instituiu-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Dai ter a doutrina fixado por volta do século XIII, diversamente do sistema romano, o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente este imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros: *le mort saisit de vif*. Com efeito, no século XIII a *saisine* era referida num Aviso do Parlement de Paris como instituição vigente e os *établissements de St. Louis* lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans. Não foi, porém, uma peculiaridade do antigo direito francês. Sua origem germânica é proclamada, ou ao menos admitida, pois que fórmula idêntica era ali enunciada com a mesma finalidade: *Der Tote erbt den Lebenden* (PEREIRA, 1994, p. 16).

17 Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006430730/. Acesso em: 5 jul. 2021.

18 Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l4pa1042.htm> Acesso em: 13 out. 2021.

Portanto, “considera-se aberta a sucessão no instante mesmo ou no instante presumido da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por seus sucessores, a título universal, nas relações jurídicas em que aquele figurava” (FRAGOSO, 2004, p. 52).

Como se percebe, não há solução de continuidade entre a vida e a morte no que se refere à transmissão da posse ou propriedade patrimonial do falecido aos seus herdeiros. Eventual renúncia ou aceitação da herança têm, todavia, o condão de, posteriormente, alterar tal circunstância, como anteriormente alertado.

Quando se apura a herança, a primeira etapa é reservar a meação cabível ao cônjuge ou companheiro supérstite, observando-se o regime de bens adotado na relação. O patrimônio remanescente corresponde à herança (OLIVEIRA, 2004, p. 58). Reitere-se, por oportuno, que, enquanto pendente a partilha, os coerdeiros são condôminos, tendo em vista ser a herança um bem indivisível e ainda não individualizado (arts. 1.793 a 1.795 CC/2002). Portanto, impõe-se a observância do direito de preferência dos coerdeiros em caso de eventual cessão de direitos hereditários.

O Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar acerca de situação peculiar, sob a égide do CC/1916, no que se refere a consequências jurídicas da declaração de nulidade da doação perpetrada entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens. No que interessa quanto ao julgamento, a Corte afirmou justamente a premissa de que **a meação precede a herança**, o que se mantém na atual legislação:

na vigência do Código Civil de 1916, a existência de descendentes ou de ascendentes excluía o cônjuge sobrevivente da ordem da vocação hereditária, **ressalvando-se em relação a ele, todavia, a sua meação, de modo que, reconhecida a nulidade da doação entre cônjuges casados sob o regime da comunhão universal de bens, deve ser reservada a meação do cônjuge sobrevivente e deferida aos herdeiros necessários a outra metade.** (REsp 1.787.027/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 24/04/2020, grifo nosso).

Os imbróglios sucessórios que envolvem empresas familiares vêm sendo evitados por meio de *holdings* familiares e planejamentos sucessórios, meios de administrar conflitos familiares a partir do olhar do Direito Societário, sem as emoções próprias das relações familiares.¹⁹

¹⁹ “As empresas familiares ocupam um lugar de suma importância no cenário socioeconômico mundial, isso porque, no Brasil e no mundo, cerca de 80% das empresas são familiares, podendo se verificar a

Dentre os instrumentos aptos a tanto, destacam-se “(i) testamentos para regular sucessão da propriedade de participações societárias na empresa; (ii) constituição de sociedades *holdings*, a fim de agrupar as ações ou cotas de um subgrupo familiar no seu bojo impedindo que sejam vendidas a terceiros; e (iii) acordo de acionistas/cotistas, para vincular o voto conjunto de sócios, entre vários outros” (KANG, 2018, p. 130).

Gladston e Eduarda Mamede entendem que:

É preciso se atentar para o fato de que a constituição de uma *holding* familiar implica uma transmutação da natureza jurídica das relações mantidas entre os familiares. Relações que estavam submetidas ao Direito de Família passam a estar submetidas ao Direito Societário, no qual há instrumentos mais eficazes para a regência do comportamento dos indivíduos, a exemplo da necessidade de se respeitar a *affectio societatis*, ou seja, a obrigação de atuar a bem da sociedade, de seu sucesso, convivendo em harmonia com os demais sócios. Mais do que isso, o contrato social (sociedade por quotas) ou o estatuto social (sociedade por ações) viabiliza a instituição de regras específicas para reger essa convivência, dando ao instituidor, nos limites licenciados pela lei e pelos princípios jurídicos, uma faculdade de definir as balizas que orientarão a convivência dos parentes em sua qualidade de sócios quotistas ou acionistas da *holding*. Mais do que isso, nos conflitos que mantenham entre si, os sócios terão no Direito Societário instrumentos para a solução de disputas, podendo submetê-las ao Judiciário ou, havendo cláusula compromissória, a árbitros (MAMEDE; MAMEDE, 2017, p. 82).

Uma das muitas vantagens de se constituir uma *holding* é poder igualar a posição societária de todos os familiares na condição de sócios, estejam ou não habilitados a exercer atividade empresarial. Desse modo, se equalizam as remunerações, deixando de gerar distorções em relação aos mais aptos a gerenciar a vida empresarial. É possível vislumbrar o pagamento de um *pro labore* mínimo seja qual for a função exercida pelo sócio na empresa, remanescendo plausível remunerar com salário os que atuam nas sociedades operacionais da empresa (KANG, 2018, p. 131-132).

Evidentemente inexistente um modelo do tipo *one size fits all* em um planejamento sucessório. Os instrumentos jurídicos postos à disposição no sistema devem ser aplicados diante das peculiaridades de cada caso, de acordo com a dinâmica familiar e da vida empresarial, com vistas a uma gestão sempre eficiente de grupos familiares, a partir de boas práticas de governança corporativa (KANG, 2018, p. 132). A otimização da gestão

expressiva contingência em nossa sociedade. Trata-se de matéria de relevância político-econômica, tanto que especialistas e consultores da área apontam para a necessidade de uma abordagem multidisciplinar ao trabalhar com a empresa familiar” (KANG, 2018, p. 129).

patrimonial pode ensejar redução de custos tributários e até mesmo a preservação de laços de afeto.

Além disso, a escolha de pactos antenupciais deve ser sempre realizada de forma transparente e adequada à realidade das partes para que os impactos futuros não lhes surpreendam postumamente. Não por um acaso os contratos de namoro vêm sendo admitidos pelo sistema.²⁰ Uma novidade digna de nota é a possibilidade de se realizar o inventário extrajudicial,²¹ o que permite maior celeridade em tema tão sensível, desafogando um Judiciário superlotado de demandas.

Flávio Tartuce vem realizando interessante investigação no direito comparado acerca da possibilidade de subsistência ou não da legítima ou de seu percentual, o que atrai a atenção em tempos pandêmicos (TARTUCE, 2020, p. 118).

Segundo o autor, a partir de premissas doutrinárias de escol, em países europeus como Portugal, “a propriedade privada é o norte fundamental do direito das sucessões, abrandada pela sua função social e familiar”²² enquanto o ordenamento jurídico italiano teria se inclinado a justificar a sucessão legítima com base na solidariedade familiar.²³ Já

²⁰ Em recente decisão proferida pelo STJ, reconheceu-se a figura do namoro qualificado entre casal que coabitou no exterior para fins de trabalho e estudo e que depois transformou-se em noivado e, posteriormente, em casamento. Não se reconheceu a união estável anterior ao casamento, pois se entendeu que a intenção de constituir família deve estar presente ao longo de todo o relacionamento, e não como uma projeção para o futuro (REsp 1454643/ RJ, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 03.03.2015, DJe 10.03.2015).

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 5 jul. 2021.

²² A propósito, para fins deste estudo, parte-se de uma visão mais moderna de propriedade (art. 1.228 do Código Civil de 2002), que vai além das clássicas faculdades jurídicas subjetivas de usar, gozar, dispor e reivindicar, perpassando também pelas relações jurídicas (por vezes complexas), pela função social da propriedade e pela coletividade. Como salienta Bruno Zampier (2021, p. 87): “Melhor seria visualizá-la como uma relação jurídica complexa que irá colocar em polos distintos o seu titular e a coletividade abstrata. Ao mesmo tempo em que esta deverá se abster da prática de atos que possam vir de alguma forma a lesar o conteúdo do direito do proprietário, este terá também uma série de deveres a cumprir para que o exercício desse direito seja considerado legítimo, como, por exemplo, o adimplemento da devida função social. Esta visão relacional complexa foi trazida por Judith Martins-Costa e Gerson Luiz Carlos Branco (2002), ao preverem que ‘O direito de propriedade seria um complexo de situações, deveres, obrigações, ônus jurídicos, a par de direitos subjetivos e poderes formativos, que se põe em perspectiva escalonada’ (MARTINS- COSTA; BRANCO, 2002, p. 150)”.

²³ Flávio Tartuce (2020, p. 128) ainda aponta que “Spatuzzi pondera sobre a *salvaguarda das relações familiares*, lecionando ser necessário equilibrar a autonomia do proprietário com o *princípio da solidariedade familiar*, e repetindo os dois doutrinadores antes citados. Acrescenta, ainda, que o fenômeno sucessório não é estranho à tutela dos interesses coletivos, como se dá com a constante intervenção fiscal do Estado nas questões atinentes à herança. Segundo ele – na mesma linha do que vem ocorrendo no Brasil –, a sucessão deve levar em conta a concepção de entidades familiares além da *família nuclear* retirada do art. 29 da Constituição da República italiana, que reconhece o direito de família como sociedade natural fundada no matrimônio. Dito de outra forma, a família deve ser baseada em múltiplos modelos, abrangendo, por exemplo, a união de fato (*coppia di fatto*), ou seja, o que aqui denominamos de união estável. Cita, por fim e a respeito dessa solução ampliativa de tutela, decisão da Corte Constitucional italiana, de 7.4.1988, que declarou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei n. 392/1978, na parte que não previa entre os

na América Latina, o autor ressalta a experiência do Peru, que, a título de exemplo, fundamentaria a tutela da legítima na ordem econômica, na propriedade e na família, ante a notória “necessidade de circulação patrimonial e de riquezas, além da pessoa do falecido” (TARTUCE, 2020, p. 125-133). Por sua vez, o Chile justificaria a sucessão *causa mortis* no direito ao patrimônio, na propriedade particular, na afeição e solidariedade familiar.

Giselda Maria Fernandes Novas Hironaka aponta outras linhas justificadoras para a transmissão sucessória: a necessidade de preservação da força familiar, sua coesão e perpetuidade, que sobrepujariam a simples manutenção dos bens na família como mera forma de acumulação de capital (HIRONAKA, 2013, p. 333-334).

Por fim, a indagação acerca da prevalência do instituto da legítima na atualidade vem suscitando aprofundamentos. Destacam-se propostas de redução do percentual da legítima ou sua parcial extinção, em virtude do princípio da autonomia da vontade de testar e realizar doação de bens, desde que observados os direitos de menores de idade e de vulneráveis (KANG, 2018, p. 127).²⁴

1.3 O CONTEXTO DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA NO BRASIL

Como visto, no Brasil, a sucessão *causa mortis* pode ser, ao mesmo tempo, legítima e testamentária. O país, contudo, não tem introjetado a cultura do testamento, o que provavelmente deve ser alterado em virtude da herança digital, objeto de estudo do próximo capítulo.

Maria Helena Diniz considerava demasiadamente defeituoso o conceito de testamento adotado pelo Código de 1916, que dispunha considerar-se “testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois de sua morte”. Isso porque o testamento poderia incorporar não apenas conteúdo patrimonial, mas também os extrapatrimoniais, tais como:

legitimados a suceder no contrato de locação o convivente *more uxorio*, genitor dos filhos naturais havidos com o locatário falecido. A solidariedade familiar como fundamento sucessório serviu, de acordo com o autor, para fundamentar o *decisum superior*”.

²⁴ A autora defende uma reforma legislativa que estabeleça uma proteção especial aos economicamente vulneráveis, sujeitos que deveriam ser protegidos exclusivamente pela legítima, única justificativa para a incidência do instituto da legítima que se contrapõe ao princípio da autonomia privada, cuja interpretação deve ser a mais ampla possível (KANG, 2018, p. 128).

reconhecimento de filhos naturais (CC, art. 357); nomeação de tutor para o filho menor ou neto (CC, arts. 384, IV, e 407, Parágrafo único); permissão ao filho órfão para convolar núpcias com o tutor (CC, art. 183, XV); reabilitação de indigno (CC, art. 1.597); deserdação de herdeiro (CC, art. 1.742); determinação sobre funeral; recomendação sobre o cumprimento de obrigações do testador; constituição de renda (CC, arts. 1.424 e 753); enfiteuse (CC, art. 678) ou condomínio por unidades autônomas (Lei n. 4.591/64, art. 7º); instituição de fundação (CC, art. 24); substituição de beneficiário na estipulação em favor de terceiro (CC, art. 1.100, parágrafo único); imposição de cláusulas restritivas (CC, art. 1.723). Só são admitidas as disposições extrapatrimoniais de caráter pessoal e familiar, que podem vir juntamente com as patrimoniais sob a forma de cláusula, ou esgotar inteiramente a declaração do testador, hipótese em que o testamento terá apenas essa finalidade. (DINIZ, 1998, p. 115).

As formalidades que envolvem o testamento podem ter, ao menos, três funções. A primeira seria o condão de prevenir que o testador fosse vítima de eventuais fraudes ou extorsão patrimonial. Por outro lado, a segunda se vincularia à matéria de prova quanto à fidedignidade relativa à última vontade do testador. Já a terceira estaria atrelada à exequibilidade do testamento, porquanto instrumental apto ao exercício dos direitos pelos beneficiários. É verdade que, além dessas mencionadas funções de caráter patrimonial, pode-se acrescentar uma função existencial, qual seja, a valoração da autêntica manifestação da vontade do testador, despojada de preconceitos de qualquer ordem (TEPEDINO; NEVARES; MEIRELES, 2020).

No Brasil o número de testamentos cresceu, só no primeiro semestre de 2021, 41%²⁵ Os cartórios brasileiros registraram mais de 17.500 testamentos de janeiro a junho (no mesmo período do ano passado, o registro foi de 12.300 testamentos). Os dados decorrem do Colégio Notarial do Brasil, entidade que congrega todos os tabeliães do país. Segundo a diretora da instituição, Ana Paula Frontini, o aumento dessa opção é reflexo da pandemia de Covid-19. Segundo notícia, “o estado com o maior crescimento no número de testamentos foi o Amazonas, que registrou um aumento de 107% em relação ao primeiro semestre de 2020; seguido pelo Mato Grosso, com crescimento de 75%, e Goiás, com alta de 72%”.

25 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-07/numero-de-testamentos-no-brasil-cresce-41-no-primeiro-semester>. Acesso em: 5 jul. 2021.

A vontade do *de cuius* (abreviatura extraída da expressão latina “*is de cuius successione agitur*” – aquele de cuja sucessão se trata)²⁶ pode ser concretizada por meio do testamento, instrumento particular que externaliza um negócio jurídico unilateral e solene, cuja finalidade é beneficiar terceiros eleitos pelo testador para herdar o seu acervo (art. 1.827 do CC/2002). Na sucessão testamentária ou por disposição de última vontade, predominam os valores individuais do testador, em contraste com o coletivismo perceptível na sucessão legítima.

A autonomia da vontade é realizada por meio desse instrumento, que não é ilimitado e não revela uma *suprema potestas*, por se submeter a parâmetros legais. A sucessão testamentária cede espaço à função social da herança, por meio de uma manifesta derrogação volitiva em prol da proteção do núcleo familiar (CORREIA, 2017, p. 110).

Washington de Barros Monteiro alerta que, entre “os romanos era uma vergonha morrer ab intestato”. Ensina ainda que modernamente essa forma de sucessão continua a ter seus adeptos fervorosos, que identificam o testamento com a própria liberdade, da qual constitui prolongamento natural (MONTEIRO; PINTO, 2009, p. 122)

A despeito da literalidade do *caput* do supracitado art. 1.827 do CC/2002, que estipula como objeto do testamento a totalidade dos bens, não restam dúvidas de que, o § 1º do mesmo dispositivo revela, com clareza, que a parte reservada à legítima aos herdeiros necessários não pode ser incluída no testamento. Aliás, outra não é a lógica constante do art. 1.846 do CC/2002, que esclarece pertencer “aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”. A metade do patrimônio, portanto, é intangível na presença de herdeiros necessários.

26 OLIVEIRA, 2004, p. 58. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/latinorio/151114/de-cuius>. Acesso em: 5 jul. 2021.

Orlando Gomes assim ensina:

A vontade humana, sendo mutável *usque ad vitae supremum exitium*, somente se torna irrevogável com a morte. Assim, posto seja o testamento ato de última vontade, é eminentemente revogável, a todo tempo. Se falece, pois, com diversos testamentos sucessivos, vale o último, a menos que se destine a completar o anterior, concorrendo para constituir a vontade do testador. De regra, porém, consideram-se revogados os que precederam o derradeiro. De resto, acontecimentos posteriores podem gerar a presunção, admitida em lei, da mudança de vontade do testador. A revogação de um testamento não demanda, enfim, sua substituição. O poder de revogar testamento, no todo ou em parte, é irrenunciável. (GOMES, 2012, p. 102).

No Brasil há diversas espécies de testamento. As formas ordinárias constam do art. 1.862 do CC/2002: público, cerrado e particular – hipóteses nas quais é expressamente vedada a forma conjuntiva ou comum (art. 1.863). Por sua vez, a lei prevê a via especial de testar, em virtude de situações extraordinárias, a saber: o marítimo, o militar e o aeronáutico.

Por fim, válido mencionar o teor do art. 2.042, que preleciona importante regra de transição sobre a sucessão testamentária:

Art. 2.042. Aplica-se o disposto no caput do art. 1.848, quando aberta a sucessão no prazo de um ano após a entrada em vigor deste Código, ainda que o testamento tenha sido feito na vigência do anterior, [Lei n o 3.071, de 1 o de janeiro de 1916](#) ; se, no prazo, o testador não aditar o testamento para declarar a justa causa de cláusula aposta à legítima, não subsistirá a restrição.

Não há impedimento de que, em disposições testamentárias, além de se dispor de determinado patrimônio material, também se indica aquele estritamente existencial, em observância à autonomia da vontade e de observância do livre exercício da vida privada. A liberdade do testador é ampla e não deixa de revelar a dimensão de sua própria personalidade e seu conteúdo não tem, ao menos em regra, um delimitador que evite disposições de ordem até sentimental que envolva terceiros não propriamente beneficiários da disposição de última vontade.

1.4 O HERDEIRO SOCIOAFETIVO

O tema da sucessão desafia a curiosidade da sociedade de modo geral. Recentemente o canal HBO recebeu o prêmio Globo de Ouro 2020 pela produção da série dramática “*Succession*”, cujo núcleo é a briga dos filhos de um bilionário octogenário, futuros herdeiros necessários de patrimônio vultoso e inúmeros negócios, que vão desde canais televisivos a parques temáticos – empresas que compõem o grupo denominado de *Waystar*. Como em muitas famílias, há certo desajuste afetivo, falta de comunicação com o patriarca e demais membros do clã familiar, e diversos conflitos de cunho ético.²⁷ A ideia de duelo familiar não se distancia muito da realidade do dia a dia da Cortes pelo mundo.²⁸

Contudo, não se pode negar que os vínculos afetivos vêm ganhando importância jurídica dentro de um novo conceito de família, cuja proteção constitucional (arts. 226 e 227 da Carta brasileira) tem sido interpretada da forma mais ampla possível, e tal evolução reverbera no Direito Sucessório.

Não há mais diferença, sob o prisma hereditário, acerca da origem da descendência filial, se o filho é nascido de relação de casamento ou união estável ou é adotado (CF/1988, art. 227, § 6º; CC/2002, art. 1.596). O que rege a matéria é o princípio da igualdade de condições e se há a configuração do estado de posse de filho, qualidade passível de demonstração por prova legal (certidão do registro civil) ou pela via judicial (ANDRADE; JUNIOR, 2017, p. 75).

O Direito de família no Brasil rompeu com aquela estrutura hierarquizada patriarcal que caracterizava o Código Civil de 1916. Não se desconhece que, no referido diploma legal, a mulher era subjugada, como se destaca apenas a título de exemplo, o teor da redação original do art. 6º, II, do CC/1916, no qual era considerada relativamente incapaz para a prática de certos atos, ou seja, tinha o dever de procriar e não trabalhava fora de casa sem autorização do pai ou do marido, considerados os chefes da família.

²⁷ Disponível em: <https://seriemaniacos.tv/5-motivos-para-assistir-succession-da-hbo/>. Acesso em 1º jul. 2021.

²⁸ Verdadeiros duelos são travados em sede sucessória, com o condão de extinguir não apenas as relações familiares, mas, sobretudo, a própria empresa familiar, os quais são retratáveis, pelo menos, em três níveis distintos: (i) o duelo do sucedido com ele próprio; (ii) o duelo do sucedido na escolha do sucessor; e, por fim, (iii) o duelo entre sucessores (LEONE, 2005).

Ademais, desde 1977, o casamento não é mais indissolúvel no Brasil, nem a única forma de constituição de família reconhecida pelo Estado, permitindo-se não apenas as ditas famílias monoparentais, como também as uniões estáveis por pessoas do mesmo sexo (o STF, em 5 de maio de 2011, por unanimidade, reconheceu o direito por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132).²⁹

Nesse contexto, salienta-se entendimento jurisprudencial que vem permitindo a adoção póstuma, o que, obviamente, repercute nas regras sucessórias.³⁰ Válido mencionar, por todos, o seguinte precedente, no qual constou como fundamento central a tese de que, “em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção” (REsp 1.663.137/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017).

Por outro lado, uma questão tão importante quanto para o Direito Sucessório é a possibilidade de investigação de relação avoenga, ainda que *post mortem*. De fato, o art. 1.591 do Código Civil dispõe que “são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes”, o que afastaria a limitação de identificação dos vínculos parentais ainda que distantes (art. 1.594 do CC/2002), bem como por consubstanciar direito de personalidade (art. 11 do CC/2002).

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 807.849/RJ (DJe 06/08/2010), de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, garantiu aos netos, direito – já reconhecido aos filhos – de pleitear a declaração de relação de parentesco frente ao avô, ou de seus herdeiros se pré-morto aquele, considerando direitos extrapatrimoniais, tais como o direito ao nome, à identidade e à origem genética, todos intimamente conectados à dignidade da pessoa humana.

29 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 7 set. 2021.

30 AgInt no REsp 1520454/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 16/04/2018); (REsp 1677903/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 07/03/2018);

Com efeito, é juridicamente possível formalizar pedido judicial de reconhecimento da relação avoenga, ainda que póstuma, o que, a título de reforço, é aferível de diversos outros julgados.³¹ Com efeito, tal postulação é cabível e produz reflexos também no Direito Sucessório.

Por fim, ainda no âmbito de novos direitos garantidos pelo Judiciário, importante mencionar as recentes transformações relativas aos vínculos de filiação decorrentes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal proferida no RE n. 898.060 (Tema 622),³² que reconheceu a possibilidade jurídica da multiparentalidade, fixando a seguinte tese sob o rito da repercussão geral: “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”.³³

A ampliação do conceito de paternidade e, por que não, da própria maternidade, os quais encontram embasamento na Constituição Federal, a despeito de carecer de regulação própria, produz inúmeras consequências jurídicas impostas pelo novo instituto.

A multiparentalidade constitui, indubitavelmente, uma das mais importantes alterações no cenário jurídico no Direito das Famílias, que não é mais o mesmo desde o fim da unicidade do casamento como forma exclusiva de família, a decretação constitucional da igualdade dos filhos, independentemente da sua origem, a exclusão da discussão da culpa para o término da sociedade conjugal, o afastamento de requisitos para a decretação do divórcio e o reconhecimento das uniões homoafetivas.

Importante ressaltar que a ausência de legislação sobre o tema não impediu o acatamento da tese da multiparentalidade pela mais alta Corte do Brasil. Ao decidir, o STF se fundamenta em princípios constitucionais munidos de força normativa. Nas palavras do relator, Ministro Luiz Fux, “o direito deveria se curvar às vontades e necessidades da pessoa, não o contrário” permitindo “a busca da felicidade que funciona

³¹ Confirmam-se ainda: REsp 1889495/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 04/05/2021 AR 336/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/08/2005, DJ 24/04/2006; REsp 604.154/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GÓMES DE BARROS, DJ 16/05/2005, DJ 01/07/2005; REsp 876.434/RS, Quarta Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012; AgRg no Ag 1.319.333/MG, Terceira Turma, julgado em 03/02/2011, DJe 14/02/2011; REsp 603.885/RS, Terceira Turma, julgado em 03/03/2005, DJ 11/04/2005, e REsp 269/RS, Terceira Turma, julgado em 03/04/1990, DJ 07/05/1990.

³² Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 7 set. 2021.

³³ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur371896/false>. Acesso 5 jul. 2021.

como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de se enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei”.³⁴

O conceito de multiparentalidade reflete a possibilidade da existência de mais de um vínculo na linha ascendente de primeiro grau paternal e maternal, diga-se de passagem. Ressalte-se ser indispensável constar na relação de filiação, ao menos, três pessoas no registro do nascimento de um filho – ou seja, duas mães e um pai ou dois pais e uma mãe. A relação filial, decorrente do comportamento público e notório de afeto, gera consequências e ganha *status* de fato jurídico.³⁵

É o que se conhece como teoria tridimensional do Direito de Família que sustenta a possibilidade de o ser humano ter direito aos três mundos: o genético, o afetivo e o ontológico. A família está inserida, portanto, dentro de uma nova realidade e, sem dúvida nenhuma, o Direito Sucessório também, o qual repercute tais inovações, sendo chamado a resolver conflitos reais e atuais nem sempre previstos pelo legislador positivo.³⁶

Nesse contexto, nasce a importância de se debater o destino da herança digital, que poderá envolver inúmeras soluções já existentes no sistema – como se procurará demonstrar –, ainda que a dinâmica da tecnologia subjacente no mundo seja de fato de compreensão desafiadora, por repercutir em inúmeros aspectos da morte, principalmente se potencializada por uma pandemia decretada pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

34 Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/246020/stf-reconhece-dupla-paternidade> Acesso 11.11.2021. Acesso em: 9 ago. 2021.

35 Acerca da afetividade, destacam-se os seguintes enunciados do Conselho da Justiça Federal: **Enunciado n. 256**: “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”; **Enunciado n. 519**: “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais”; **Enunciado n. 103**: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”.

36 “Può allora già anticiparsi – per trarne poi più solida conferma lungo il corso della riflessione – che, a fronte della straripante forza economica e negoziale degli intermediari digitali che si veicola nel mercato e quindi nel contratto, il diritto delle successioni può essere chiamato a giocare un ruolo cruciale di *argine* posto a presidio di interessi della persona, anche di rango fondamentale, che reclamano una tutela *post mortem*” (MARINO, 2018, p. 174).

CAPÍTULO II: A HERANÇA DIGITAL

2.1 A HERANÇA DIGITAL PELO MUNDO E NO BRASIL

A sucessão *post mortem* do conteúdo digital tem sido objeto de preocupações pelo mundo afora. O Brasil, como não poderia deixar de ser, também vem sendo instado a se posicionar sobre o tema. Afinal, a aparente perenidade e infinitude dos dados e das informações compartilhadas na rede, que a morte a princípio não apaga, pode ser observada a partir de inúmeros ângulos e perspectivas e envolve o globo como um todo.

A velocidade com que a tecnologia se popularizou, por meio da facilidade de sua disponibilização, da rapidez de tráfego e dos novos mecanismos de acesso a dados, acabou por alterar o modo de vida da sociedade. A vida na rede gera, indubitavelmente, efeitos políticos, econômicos, jurídicos e existenciais de toda ordem (SARLET, 2018, p. 35). De fato, “em razão da extrema complexidade advinda do uso da tecnologia – notadamente da tecnologia aplicada diretamente à vida, ou seja, à biotecnologia –, alguns cânones da civilização ocidental se tornaram completamente obsoletos” (SARLET, 2018, p. 34).

Nesse contexto, a produção de dados foi exponencialmente potencializada. As grandes plataformas digitais cresceram incomensuravelmente e, por consequência, se tornaram os repositórios de todo esse rastro – cuja posse lhes é repassada por termos de uso contratuais, nem sempre claros acerca da opção em caso de advento da morte do consumidor-usuário.³⁷

A preocupação se impõe na medida em que a maioria dos usuários não foram preparados ou sequer educados para se posicionar em vida acerca do seu valioso

³⁷ “O Facebook continua sendo uma empresa gigante do mercado. Atualmente, a plataforma possui 2,85 bilhões de usuários ativos em todo o mundo, segundo os últimos dados divulgados em 2021. Dessa forma, houve um aumento de 10% em relação ao ano anterior. (...) Em segundo lugar, temos o Youtube com 2,29 bilhões de usuários em todo mundo. No Brasil, a rede social conta com 105 milhões de internautas ativos entre 18 e 65 anos. (...) Atualmente, o Instagram possui 1,22 bilhões de usuários ativos, sendo que 500 milhões acessam a plataforma todos os dias. (...) A rede social queridinha do momento possui 689 milhões de usuários ativos em todo o mundo. Segundo pesquisas, até o momento, o TikTok é o aplicativo mais baixado mundialmente, em celulares Android e iOS. Em abril de 2021, foram mais de 59 milhões de downloads, segundo a consultoria Sensor Tower. Alguns especialistas acreditam que o aplicativo irá atingir o marco de 1 bilhão de usuários ativos até o final de 2021”. Disponível em: <https://etus.com.br/blog/as-maiores-redes-sociais-em-2021/>. Acesso em: 2 out. 2021.

patrimônio digital. O destino do rastro digital, diante do implacável evento futuro e certo da morte virtual, ou seja, a sucessão digital,³⁸ ainda é uma incógnita.

Como se pode prever, o valor do patrimônio digital é incomensurável ou de difícil monetização e sua destinação ainda incerta na legislação e na jurisprudência mundial, já tendo sido objeto de preocupação da UNESCO, que, em 17 de outubro de 2003, em sua “Carta sobre a Preservação do Patrimônio Digital”, buscou identificar, no art. 1º, conceitos e estratégias para fomentar a discussão internacional.

A problemática revela-se desafiadora na medida em que o mundo analógico vai cedendo espaço ao digital. Não se olvida que verdadeiros avatares, com corpo e opiniões, estão ganhando forma, personalidade e valor em outra dimensão ou plano intangível. Avaliar a repercussão desse fenômeno no Direito Sucessório é uma preocupação do nosso tempo.

Aliás, a pandemia de Covid-19³⁹ contribuiu ainda mais para que a interação social se realizasse por meio eletrônico em virtude do isolamento social imposto como meio de prevenção da contaminação pelo vírus. Infelizmente a morte deixou de ser um tema distante, tendo em vista o alto número de óbitos pela nova doença.⁴⁰

O ritual de passagem restou alterado, haja vista a limitação da presença física em sepultamentos ou cremações. Essa circunstância modificou a expressão de sentimentos de lamentação habituais pela morte. A sociedade está inserida em um novo contexto social e cultural, mais sensível aos parentes e amigos enlutados pela falta de contato físico. A exteriorização de emoções por meio das redes sociais passou a constituir um dos poucos espaços sociais para manifestações de afeto. O luto virtual passou a retratar um

38 Acerca da nomenclatura “herança digital”, que se popularizou na identificação do tema e que será utilizada ao longo do estudo, há controvérsias semânticas. A própria literatura nacional e estrangeira discute acerca do melhor termo para definir o problema, se “morte digital”, “herança digital” ou “sucessão do patrimônio digital”, dentre outros. Confirmam-se: MARINO, 2018, p. 167 e LEAL, 2018. Válido, mencionar, por oportuno a justificativa de Giuseppe Marino para optar pelo termo “sucessão digital”: “Se ne ritrae, dunque, che la locuzione «successione digitale» – per quanto breviloquente e, inevitabilmente, ellittica – appare preferibile perché capace di condensare le questioni concernenti, per un verso, il profilo della trasmissione di diritti e rapporti giuridici aventi ad oggetto contenuti digitali di carattere patrimoniale e, per altro, quello della continuazione della personalità del defunto, per come sviluppatasi sulla rete, riguardate attraverso il prisma della disciplina delle successioni *mortis causa*” (MARINO, 2018, p. 169).

39 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso em: 21 set. 2021.

40 Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. O painel “Coronavírus – os dados atualizados pelo Ministério da Saúde” do dia 20 set. 2021 atesta 590.955 óbitos. Acesso em: 21 set. 2021.

novo rito de passagem,⁴¹ considerando que as vias usuais de comunicação e relacionamento deixaram de estar calcadas na presencialidade.

Por sua vez, o mercado de dados vai se tornando cada dia mais rentável. A coleta de dados dos usuários – enquanto vivos ou quando mortos – é inerente a essa estrutura mercadológica. Por isso, o destino e a gestão da herança digital desses dados são tão preocupantes.⁴²

No mais, o arquivamento dessas informações interessa não apenas a familiares e a terceiros interlocutores, mas, sobretudo, ao Estado, já que tais dados têm como repositório as plataformas digitais, que atualmente escolhem, ao alvedrio da legislação sucessória nacional e por meio de seus termos de uso, como se dará a sucessão dos bens digitais.

Desse modo, a fixação do destino desse conteúdo por empresas privadas, prestadoras de serviço, que conferem o tratamento jurídico que lhes é mais conveniente no território da *web*, pode ensejar prejuízos não apenas aos sucessores-usuários, mas ao próprio sistema jurídico. Ao lado disso, corre-se o risco de perda ou inutilização de todo o patrimônio digital, sem a devida consciência ou autorização do autor da herança digital.

Por seu turno, os provedores ou plataformas digitais não contribuem para um melhor entendimento do conteúdo das cláusulas contratuais concernentes à herança digital, utilizando linguagem por vezes incompreensível, o que alija os usuários (consumidores por natureza)⁴³ do processo de escolha sobre o destino de seus dados.⁴⁴

41 Disponível em: <https://slate.com/human-interest/2013/09/digital-assets-how-do-you-handle-a-loved-ones-online-accounts.html>. Acesso em: 17 set. 2021.

42 Disponível em: https://minhaagenda.nic.br/files/apresentacao/arquivo/740/%20Perspectivas_para_o_legado_digital_pos_morte.pdf. Acesso em: 21 set. 2021. Exemplos de empresas que já oferecem um planejamento sucessório digital póstumo (*digital estates planning services*): Legacy Locker.com; Secure Safe; Entrusted e Ifidie.org (este último gratuito) (RESTA, 2014).

43 “Un casella di posta elettronica o un *account* su un *provider* che offra servizi di *cloud computing*, un profilo su un *social network* o un conto digitale di pagamento, altro non sono che rapporti negoziali promananti da contratti di prestazione di servizi *online* correnti tra l’intermediario digitale che li offre e l’*internet user*: ne discende che l’oggetto della successione *mortis causa* è una relazione contrattuale e, in definitiva, per l’utente il diritto di obbligazione *ex contractu* alla prestazione del servizio di ricezione, conservazione o processamento di informazioni, dati personali e contenuti digitali relativi all’utente medesimo” (MARINO, 2018, p. 177-178).

44 “In ordine alla successione digitale si coglie ictu oculi un punto di contatto e il rischio di un cortocircuito tra la disciplina del contratto (di prestazione di servizi online) e il diritto delle successioni. Se nelle vicende contrattuali l’utente si limita a «subire» le scelte unilateralmente imposte dal provider, che disciplina in seno al regolamento contrattuale anche i profili concernenti la trasmissione in caso di morte degli account e dei contenuti digitali in esso conservati e presceglie la *lex contractus*, viceversa nella pianificazione, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, dell’assetto degli interessi che trovano espressione nell’ambiente digitale e nella scelta della legge nazionale competente l’individuo può recuperare un significativo spazio di autodeterminazione. Può allora già anticiparsi – per trarne poi più solida conferma lungo il corso della riflessione – che, a fronte della straripante forza economica e negoziale degli intermediari digitali che si

O influente papel que a internet desempenha na dinâmica do poder econômico, contexto no qual se insere a herança digital, dotada de valor material, emocional e moral, impõe uma análise sistemática de algumas soluções já apresentadas pelos Poderes Judiciário e Legislativo estrangeiros e nacionais. Com efeito, a dinâmica tecnológica é uma realidade sem retrocesso, na qual está imerso o mundo, e seus tentáculos não encontram barreiras em fronteiras geográficas, dada a sua importância transnacional.

A definição de “herança digital” é vasta. Pode-se compreendê-la, todavia, a partir da manifesta acumulação de bens digitais, intangíveis, imateriais e incorpóreos por natureza, que vão sendo armazenados ao longo da vida pelo falecido, dentro do contexto virtual, por meio de diversas plataformas digitais (CADAMURO, 2019, p. 105).

Válido analisar como esse fenômeno vem sendo enfrentado pelo Judiciário e pelo Legislativo de diversos sistemas jurídicos estrangeiros e quais as soluções que o Brasil tem procurado adotar para dirimir os já inevitáveis conflitos relativos à herança digital.

2.1.1 A atuação judicial em casos de herança digital

Nessa ordem de ideais aqui expostas, parece interessante exemplificar casos concretos que foram objeto de análise por tribunais pelo mundo e no Brasil, de modo a se tentar antever possíveis controvérsias universais. Com efeito, é necessário ter maior clareza acerca das decisões judiciais que outros países vêm emprestando à morte digital, pois chegarão, indubitavelmente, às Cortes de vértices no Brasil.

O enredo é sempre semelhante: um usuário de alguma plataforma digital vem a falecer, e seus familiares, motivados por razões distintas, buscam acessar o conteúdo virtual do seu ente querido, em circunstâncias tais como: amenizar a dor da perda com a preservação da pessoa eletrônica; encontrar detalhes dos últimos momentos de vida do falecido como consolo; excluir o perfil que impõe um fardo à família; ou até mesmo apenas inventariar os bens a serem objeto da sucessão, como seus curadores, executores ou administradores do conteúdo digital. E, como regra, os diversos provedores de internet e plataformas digitais se recusam a cooperar com os herdeiros (HORTON, 2014, p. 1729).

veicola nel mercato e quindi nel contratto, il diritto delle successioni può essere chiamato a giocare un ruolo cruciale di *argine* posto a presidio di interessi della persona, anche di rango fondamentale, che reclamano una tutela *post mortem*” (MARINO, 2018, p. 174).

Giorgio Resta (2014, p 907-908) enfatiza que seria importante indagar se as condições gerais do contrato (termos de uso), a que todos precisam inexoravelmente aderir para a ativação do serviço (um serviço como outro qualquer, diga-se de passagem), “excluem ou substituem a posição dos herdeiros na sociedade, e se há o repasse da posição contratual, ou pelo menos se há legitimidade dos herdeiros a requerê-la”.⁴⁵

2.1.2 Casos pelo mundo

A partir dessa problemática, investigaram-se casos sintomáticos dessa realidade. Passa-se a tratar de três casos internacionais, destacando-se outros tantos em nota de rodapé, caso seja de interesse do leitor.⁴⁶ Ao final, em quarto lugar, apresenta-se o importante “leading case” acerca da sucessão digital objeto de apreciação pelo Bundesgerichtshof (BGH), Tribunal que equivale no Brasil ao Superior Tribunal de Justiça, o qual será instado a se pronunciar um dia acerca desse tema.

2.1.2.1. A busca por motivos para um acidente fatal

O primeiro caso interessante sobre o tema ocorreu na Inglaterra e envolveu a modelo Sahar Daftary⁴⁷, com o já conhecido conflito de acessibilidade pela família aos

45 No original: “in particolare, è interessante porsi il quesito se le condizioni generali di contratto alle quali è necessario aderire ai fini all’attivazione del servizio permettano o escludano il subentro degli eredi nella posizione contrattuale o quanto meno legittimo — nell’ipotesi dell’intrasferibilità del rapporto negoziale — l’acquisto e la trasmissione dei beni che ne costituiscono l’oggetto”.

46 a) **O caso Ajemian v. Yahoo!**: Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2018/05/ajemian-v-yahoo-inc/>. Acesso em: 20 set. 2021; <https://law.justia.com/cases/massachusetts/supreme-court/2017/sjc-12237.html>. Acesso em: 20 set. 2021; <http://www.digitalpassing.com/2018/04/02/ajemian-yahoo-case-update/>. Acesso em: 20 set. 2021. Ajemian v. Yahoo!, 987 N.E.2d 604, 606–09 (Mass. App. Ct. 2013) e também em BANTA, 2014, p. 832; b) **O direito póstumo às obras inéditas da falecida escritora Marsha Mehran** (MARINO, 2018, p. 171), a propósito do caso texto intitulado “Who owns your digital afterlife?”: Disponível em: https://fredericksburg.com/business/who-owns-your-digital-afterlife/article_0c8cea16-7bc5-5d25-8a97-14ea0ca85cce.html Acesso 7 set. 2021; c) **A dor familiar em virtude da manutenção de conta virtual de Janna Moore**: Disponível em: <https://recortesrio.com.br/projeto-de-lei-quer-regulamentar-transmissao-de-herancas-digitais/>. Acesso em: 19 ago. 2021; d) **A perpetuação da vida online como meio de superação da dor pela perda de um filho** (LIMA, 2013, p. 41-42); e) **A possibilidade de elaboração de testamento virtual – o caso da chefe de cozinha Kelly Harmer** (CADAMURO, 2019, p. 109); f) **O suicídio online** (ZAMPIER, 2021, p. 134; BANTA, 2014, p. 834).

⁴⁷ Disponível em: <https://www.cnet.com/news/facebook-fights-for-deceased-beauty-queens-privacy/>; <http://www.digitalpassing.com/2012/10/11/facebook-blocks-demand-contents-deceased-users-account/>. Acesso em: 10 ago. 2021. Confira-se **nota de rodapé n. 9**: “Dopo la morte improvvisa di Sahar Daftary, precipitata dall’appartamento del marito al 12° piano di un palazzo di Manchester, i genitori della donna inoltravano al social network una richiesta di accesso ai contenuti dell’account, al fine di indagare sulle ragioni della morte, derubricate dagli inquirenti inglesi a mero incidente ed esclusa ogni ipotesi di reato. La società americana rigettava la richiesta di accesso, invocando le norme federali poste a presidio

dados dispostos no Facebook pelo usuário falecido. A usuária caiu do 12º andar de um prédio localizado na cidade de Manchester, na Inglaterra, local onde morava com seu marido.

Os genitores da usuária solicitaram ao Facebook o acesso ao conteúdo da conta referente aos vinte dias anteriores à sua morte, com intuito de tentar encontrar maiores explicações para o evento, porquanto não convencidos das conclusões da investigação pelas autoridades inglesas, que trataram o caso como mero acidente, afastando a hipótese de crime.

A empresa americana rejeitou a solicitação de acesso, invocando os regulamentos federais que regem a confidencialidade das comunicações eletrônicas (Stored Communications Act)⁴⁸ e suas próprias políticas de proteção à privacidade (RESTA, 2014). A empresa argumentou que a divulgação do conteúdo postado na plataforma da usuária somente seria possível se esta tivesse consentido, remanescendo insuficiente a autorização do administrador do espólio da pessoa falecida.

A plataforma ainda argumentou que seria impossível realizar a verificação de cada norma nacional acerca dos direitos hereditários de usuários falecidos pelo mundo.

A disputa foi parar no Tribunal Federal do Distrito Norte da Califórnia e acabou solucionada por arbitragem. A empresa logrou êxito, tendo em vista que a divulgação obrigatória dos dados constantes da conta pessoal da usuária colidiria com o “Stored Communications Act”. Todavia, como alertado por Giorgio Resta (2014), a partir de um importante *obiter dictum*, admitiu-se a possibilidade de divulgação de forma voluntária pela empresa.

della confidenzialità delle comunicazioni elettroniche (Stored Communications Act) e le proprie policies a tutela della privacy. In particolare, Facebook sosteneva che la divulgazione dei contenuti protetti sarebbe possibile soltanto con il consenso della persona interessata, mentre quello dell’administrator dell’estate del de cuius non sarebbe a ciò sufficiente, in quanto Facebook non avrebbe la possibilità di accertare la legittimazione dell’istante in base a ciascuno dei diritti successori nazionali. Notificato alla società americana un subpoena e insorta controversia circa la sua legittimità, la Corte federale per il Northern District della California raggiunge una decisione compromissoria. In via principale si esclude la possibilità di ordinare la disclosure coattiva dei dati presenti nell’account personale, in quanto tale provvedimento risulterebbe inevitabilmente in conflitto con il precetto di tutela della confidenzialità delle comunicazioni elettroniche desumibile dallo Stored Communications Act. In un significativo *obiter dictum*, tuttavia, si riconosce la possibilità di una divulgazione su base volontaria, senza indagarne oltre presupposti e limiti” (MARINO, 2018, p. 170).

48 O Stored Communication Act (SCA), uma legislação norte-americana mais antiga, datada de 1986, é retratado como “empoeirado e complexo, e os tribunais geralmente discordam sobre o significado de seus termos-chave. Assim, embora muitos comentaristas notaram que o estatuto “pode” lançar uma sombra sobre a transmissibilidade por herança de ativos digitais, poucos tentaram definir seus precisos efeitos” (HORTON, 2014, p. 1730) Tradução livre. Em verdade, muitos estudiosos manifestaram preocupação de que se os fiduciários acessassem os ativos eletrônicos de um falecido viriam a violar o SCA.

2.1.2.2. A morte de um soldado no front e seus últimos e-mails

Outra hipótese envolveu o tema de acesso à correspondência eletrônica do falecido, um fuzileiro naval norte-americano chamado Justin Ellsworth, morto em novembro de 2005 no Iraque, que sofreu um ataque terrorista em Falluja, onde participava de operações militares. Os genitores do soldado buscaram junto ao Yahoo! o acesso à conta de *e-mail* do filho, a fim de conhecer suas últimas mensagens enviadas e recebidas antes da sua morte, pedido refutado pelo provedor com fundamento nas suas condições gerais de contrato.⁴⁹

A causa foi levada ao Tribunal do Condado de Oakland (Michigan). Os genitores argumentaram que a caixa de correio eletrônico deveria ser equiparada a um cofre, cujo conteúdo estava sujeito à sucessão no momento da morte. O tribunal manteve incólume a tese da intransmissibilidade da conta constante da relação contratual, nos termos do serviço do prestador, rejeitando, portanto, o pedido de transmissão das credenciais de acesso aos pais.

No entanto, uma solução de compromisso foi adotada, exigindo que o provedor transferisse as mensagens de *e-mail* recebidas pelo falecido (mas não as por ele enviadas). O Yahoo! entregou um CD com 10.000 páginas de conteúdo, embora nesse material não houvesse nenhuma das mensagens enviadas pelo usuário morto, nem tenha sido conferido o acesso pleno à conta propriamente dita.⁵⁰ Não se negue ainda que o modo de entrega do material não facilitou o seu conhecimento pelos herdeiros.

49 Segundo os termos do Serviço do Yahoo!: “O Usuário concorda que sua conta Yahoo! Brasil, bem como todos os direitos e/ou conteúdo de sua conta Yahoo! Brasil ou de sua ID Yahoo! Brasil são pessoais e intransferíveis. **Mediante o recebimento de cópia da certidão de óbito o Yahoo! Brasil irá proceder ao término da conta e todo o conteúdo eventualmente disponível será apagado definitivamente.** Todo e qualquer terceiro que pretender o acesso a informações e/ou Conteúdo de Usuários do Yahoo! Brasil localizado sob o endereço eletrônico www.yahoo.com.br deverá obter uma ordem judicial de um Juiz Competente”. (grifo nosso). Disponível em: <https://policies.yahoo.com/br/pt/yahoo/terms/utos/index.htm>. Acesso em: 6 set. 2021. *In re Ellsworth*, n. 2005-296, 651-DE (Mich. Prob. Ct. 2005), (BANTA, 2014, p. 833).

50 Disponível em: <https://www.nbcnews.com/id/wbna7581686>; <https://www.cnet.com/news/yahoo-releases-e-mail-of-deceased-marine/>. Acesso em: 10 ago. 2021. A propósito, em artigo específico sobre o sigilo de senhas de e-mail, Rebecca G. Cummings detalha o caso: “On April 20, 2005, Judge Eugene Arthur Moore of the Probate Court of Oakland County, Michigan, ordered Yahoo!, Inc. (Yahoo), an electronic mail (e-mail) service provider, to deliver the contents of any and all e-mail, documents, and photos stored in the account of Justin Ellsworth, a deceased Yahoo! user, to his father via CD-ROM and written format.¹ On May 20, 2005, Justin’s father, John Ellsworth, reported to the court that he had received a CD-ROM and three bankers boxes of Justin’s e-mail.² Among the more than 10,000 pages of material sent by Yahoo, Justin’s father found correspondence from people he had never even heard of.³ When Justin Ellsworth initially established his account with Yahoo, he chose a password to protect his account from unauthorized access.⁴ Given the events following his death, it is clear that Justin never shared his password with his father”. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/76346666.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021. Confira-

2.1.2.3. *A celeuma acerca da biblioteca virtual do ator Bruce Willis*

Apesar de não ter sido judicializado, o caso de Bruce Willis teve ampla divulgação em revistas especializadas. Em setembro de 2012, vários meios de comunicação noticiaram a insatisfação do ator Bruce Willis com a política de uso dos serviços do iTunes⁵¹ em relação ao acesso de músicas por ele adquiridas, as quais não seriam passíveis de transferência a seus herdeiros após a sua morte. Sugeriu-se que o ator ajuizaria uma ação contra a Apple para expandir os direitos dos usuários do iTunes, mas a notícia acabou se revelando infundada. A questão subjacente, no entanto, acendeu luzes para uma realidade de crescente desmaterialização.⁵²

O acesso torna-se cada dia mais frequente via *streaming* (Spotify, iTunes, Netflix, Amazon Prime, Disney+), o que acaba desvalorizando outros tipos de negociações em prol da licença de uso. É imprescindível compreender como essas regras contratuais regem a sucessão.

Válido tratar agora da solução encontrada na Alemanha, por sua importância para as nossas conclusões.

2.1.2.4. *O leading case alemão*

Em junho de 2018, um *leading case* julgado no Bundesgerichtshof (BGH) – Tribunal correspondente ao Superior Tribunal de Justiça – pôs fim a uma importante controvérsia acerca da possibilidade de transmissão de dados digitais a herdeiros de usuários da rede falecidos. O entendimento partiu dos princípios da autonomia privada e da autodeterminação informativa do autor da herança, responsável por seu destino

se também RESTA, 2014, “La Morte Digitale”. Yahoo! could have appealed the decision, arguing that the email account was not a probate asset, the assets were controlled by the terms of service agreement, and the terms of service agreement clearly stated that an account would be terminated upon the death of an account holder. Yahoo!, however, gave up the fight after the probate court issued a mandate and sent the emails to Ellsworth’s father. Yahoo! obliged to the court order in this instance but declined to change its policy of nontransferability.²¹⁰ Yahoo! thus demonstrated that it valued its terms of service agreement while appeasing the public by releasing the emails. Yahoo! sent Ellsworth’s father a compact disc with the account information²¹¹ for much less than it would cost to pay their legal team to appeal the probate court’s mandate (BANTA, 2014, p. 833)

⁵¹ Disponível em: <http://www.digitalpassing.com/2012/09/04/apple-itunes-music-videos-ebooks-die/>. Acesso em: 22 set. 2021.

⁵² Disponível em: <https://www.theguardian.com/film/2012/sep/03/bruce-willis-apple-itunes-library>. Acesso em: 11 set. 2021.

póstumo, sob pena de reconhecer a escolha realizada pelo Estado, por meio da vocação hereditária legal constante no ordenamento pátrio.

A regra da transmissibilidade plena do patrimônio digital aos herdeiros indicados ou tidos como necessários legalmente do autor da herança foi profundamente desenvolvida em artigo intitulado “Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital”, de autoria das professoras Laura Schertel Ferreira Mendes e Karina Nunes Fritz. O texto, que traduz, em certa medida, nosso entendimento sobre o tema, serviu como norte, também, para a comunidade internacional.

No caso, os pais de uma adolescente de 15 anos, falecida em um acidente no metrô de Berlim em 3.12.2002, buscaram acessar o perfil do Facebook da filha com intuito de investigar as circunstâncias do evento danoso, pouco esclarecidas (suspeitas de suicídio e *mobbing* no colégio). O acesso também tinha por escopo implementar a defesa dos genitores em ação indenizatória movida pelo maquinista do trem pelo trauma a ele causado. A plataforma negou o pedido sob a explicação de que a conta fora transformada em memorial após a notificação do óbito.

A pretensão dos pais foi reconhecida pelo BGH, que considerou o contrato celebrado entre a adolescente e o Facebook típico de consumo (contrato de utilização), motivo pelo qual tal posição obrigacional seria plenamente transmissível aos herdeiros pelo advento da morte. Segundo o BGH, “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” (MENDES; FRITZ, 2019, p. 194).

O BGH aplicou o princípio da sucessão universal concernente a todo o patrimônio devido aos herdeiros, independentemente se de origem material ou digital (§ 1922, inc. 1), compreendendo que qualquer relação jurídica do falecido é transmissível por sucessão universal, ressalvadas as que se extinguem por natureza, por força de lei ou transação ou manifestação volitiva do *de cuius*. Na prática, os herdeiros devem assumir automaticamente as posições jurídicas na relação contratual do titular da conta, independentemente do conteúdo constante na plataforma (patrimonial e existencial) (MENDES; FRITZ, 2019, p. 194).

Para fins didáticos, expõem-se as principais conclusões da Corte externalizadas com base exclusivamente no artigo das autoras supramencionadas, por ter sido o primeiro a cuidar do tema a partir do idioma original:

1) Não há motivo legal para negar aos herdeiros necessários a legítima pretensão de acesso à conta e a toda informação digital armazenada nas plataformas digitais do usuário falecido, a menos que esta seja sua vontade expressa. Desse modo, a autonomia privada é garantida, independentemente da externalização de disposições de última vontade, que, se existirem, deverão ser observadas. A sucessão universal, todavia, é a regra a ser seguida na ausência de qualquer outra manifestação de vontade.

2) Na hipótese de o usuário não desejar aderir à solução estatal conferida à sucessão universal, é necessário que indique uma pessoa de confiança para cuidar de todo o seu acervo digital, detalhando como isso deve ser feito, ou seja, o que deve acontecer com seus perfis nas redes sociais, *blogs*, canais e aparelhos eletrônicos como computadores, *tablets* e *smartphones* (transformação em memorial, exclusão, repasse de senhas, acesso a mensagens, fotos, músicas, agenda de contatos, dentre outros).

3) A regra do memorial do Facebook constitui uma cláusula abusiva, que não se coaduna à regra elementar da sucessão universal (§ 1922 do BGB). Essa proibição de acesso à conta e ao conteúdo armazenado embaraça a utilização da plataforma de comunicação cadastrada, cujo direito ao acesso é um fim em si mesmo do contrato de utilização da plataforma (§ 307, inc. 2, do BGB).

4) A obrigação imposta pelo Facebook ao usuário de indicar um contato herdeiro constitui uma violação à livre expressão da vontade do usuário, cuja omissão em indicar o destino de sua conta não libera todo seu patrimônio digital à plataforma nem lhe retira o direito de que seu patrimônio digital seja repassado, pelas regras legais de sucessão universal, a seus herdeiros.

5) O contrato firmado entre usuário e plataforma digital não é personalíssimo, tendo em vista não se ater a qualquer particularidade pessoal do usuário. A empresa privada aluga um lugar na nuvem para todo e qualquer usuário indistintamente por meio de uma atividade eminentemente técnica.

6) Há uma prévia e legítima confiança de que o usuário, ao contratar a utilização de uma plataforma de comunicação digital, não tenha seus dados acessados ou divulgados indevidamente a terceiros em vida. Contudo, o desejo de que esse sigilo seja perpetuado *post mortem* precisa ser objeto de manifesta expressão, sob pena de não ser eficaz perante os herdeiros após a morte. A transmissão *causa mortis* a estes é a regra do

sistema e não contraria a proteção de dados, tendo em vista a expectativa de que a família representa a principal interessada em proteger os interesses do titular falecido.

A obrigação da plataforma de comunicação cinge-se a transferir ou disponibilizar o acesso dos dados à conta destinatária indicada pelo emissor ou, na falta desta manifestação, aos herdeiros necessários. Assim,

o emissor da mensagem suporta o risco que terceiro tenha acesso ao material enviado, seja porque o destinatário reencaminhou ou mostrou a mensagem ao terceiro, seja porque o terceiro tinha acesso à conta do destinatário. Esse risco é de todo emissor, da mesma forma que ocorre na comunicação analógica. Essa afirmação pode causar espanto, mas quem envia a outrem uma carta sabe – ou deveria saber – que não pode controlar quem, ao fim e a cabo, terá conhecimento de seu conteúdo. (MENDES; FRITZ, 2019, p. 199, grifo do autor).

Desse modo, não há falar em quebra do sigilo das comunicações nessa hipótese, pois não se está a tratar de intervenção de um terceiro, estranho ao conteúdo disponibilizado nas plataformas digitais. Aos herdeiros é outorgado por lei o direito de acesso a esse material de propriedade do titular da conta. Os interlocutores, ao se comunicarem na rede, devem estar cientes da possibilidade de que, com a morte do usuário, há o risco de os dados digitais serem repassados via sucessão universal e, portanto, conhecidos pelos herdeiros. Há uma assunção de risco de descortinamento na troca de comunicações, assim como acontece no mundo analógico, cujo rastro é aparentemente mais visível, mas tão real quanto aquele digital.

Aliás, não se pode negar que as plataformas conhecem o teor de todas as disposições de conteúdo nelas inseridas. Normalmente valorizam tanto esses dados que avocam para si todo esse material, sob a pecha de proteção à privacidade dos usuários. Em verdade a discussão se impõe justamente em relação a quem se atribui a titularidade desses bens digitais. Ainda que as plataformas aleguem que com a morte as contas serão excluídas automaticamente, não há dúvidas de que, ainda assim, esses dados ficariam sob o comando dessas empresas, o que o sistema sucessório não admite.

Desse modo, se percebe que quem viola sistematicamente a privacidade dos usuários são as plataformas digitais e não os herdeiros, a quem não foi dada uma carta em branco. Os segredos e a intimidade do falecido deveriam – pelo menos essa é a expectativa calcada na boa-fé – continuar sendo protegidos, sob pena de responsabilização.

A propósito:

Os herdeiros que acessam a conta para fazer valer o seu legítimo interesse – seja patrimonial, seja moral – não podem abusar de seu direito de acesso, o que claramente configuraria dano moral. Não por outra razão já se fala na existência de um direito à conservação de segredos como elemento integrante do âmbito de proteção do direito de personalidade *post mortem*, vinculado ao direito à autodeterminação informativa, a cargo dos herdeiros (MENDES; FRITZ, 2019, p. 209)

7) Não há distinção entre a herança analógica e a digital, exceto se houver uma manifestação clara, livre, em sentido em contrário.⁵³ Portanto, a regra aplicável à espécie é a da sucessão universal que importa na plena transmissibilidade de bens do autor da herança (digitais ou analógicos – corriqueiramente imbrincados).

Como se percebe do *leading case*, os ativos digitais não se distinguem dos ativos tangíveis. Se um indivíduo, durante a vida, quiser se precaver quanto à transmissão da sua massa hereditária “*non grata*”, deve, de pronto, destruí-la, único meio eficaz para tanto.⁵⁴ Caso se omita nessa tarefa, a consequência será uma só: os bens, em toda a sua extensão, serão transmitidos, a título sucessório e universal, a seus herdeiros.

A privacidade do usuário na esfera digital se correlaciona à detenção de controle sobre a divulgação das informações já postadas. A responsabilidade acerca da vida privada é do próprio indivíduo, cujo comportamento e escolhas de vida repercutirão com a sua morte. Quem elegerá quais dados serão compartilhados e transmitidos aos herdeiros é o próprio usuário, sob pena de, ao deixar de fazê-lo, delegar tacitamente esta tarefa ao Estado.

O precedente acende uma luz para que sejam elaboradas ferramentas que garantam os direitos dos usuários em relação ao destino do conteúdo digital pelas plataformas, bem como por empresas próprias forjadas para esse tipo de mercado que se abre – qual seja: o do testamento digital. Os usuários precisam ser informados sobre tais

⁵³Enfatizam as autoras que “a lei não faz distinção entre herança patrimonial e herança existencial, tampouco os valores legais que lhes são subjacentes autorizariam tal diferenciação. Isso porque o § 2047, inc. 2, do BGB determina, por exemplo, que os escritos e documentos que dizem respeito a relações pessoais do falecido não serão partilhados, mas permanecerão comuns aos herdeiros. O § 2373, frase 2, do BGB estabelece que, em caso de alienação do acervo hereditário, as cartas e fotos de família consideram-se dela excluídas” (MENDES; FRITZ, 2019, p. 201).

⁵⁴“Well before digital correspondence existed, those who wished to destroy their personal papers for privacy reasons usually did so before death. Many U.S. presidents intentionally destroyed their presidential papers in order to ensure privacy. Justice Hugo Black infamously destroyed his Supreme Court notes and memoranda when he became sick before he resigned from the Court. Martha Washington’s decision to destroy her personal correspondence with George Washington right before her death is also a well-known example of a public figure who decided to destroy personal correspondence to ensure privacy. Due to the presumption against destruction, particularly of records that hold historical import, American leaders knew that the best way to ensure the privacy of their correspondence was to destroy it themselves before their death” (BANTA, 2014, p. 839).

opções – e ser permanentemente alertados para as consequências de não se posicionarem em vida sobre sua herança, sob pena de assumirem a adoção da solução já existente, que é a da sucessão universal.

2.2 POSICIONAMENTO JUDICIAL SOBRE HERANÇA DIGITAL NO BRASIL

As questões apresentadas ao Poder Judiciário foram dirimidas a partir da interpretação e dos princípios já constantes no sistema. Todavia, “a situação atual no Brasil é de insegurança jurídica, na medida em que não se tem regulamentação específica e há controvérsias em relação à aplicação (ou não) das regras clássicas de sucessão à herança digital. Poucos ainda são os julgados a respeito” (MENDES; FRITZ, 2019, p. 191).

A legislação pátria vigente não tem condições de acompanhar o ritmo do mundo tecnológico, e o Judiciário já está sendo convocado a exercer o seu papel contramajoritário acerca da sucessão do rastro de uma existência virtual, por meio da interpretação do conceito de herança. Evidentemente inúmeros litígios advirão dessa realidade, a despeito de o tema não ser regulamentado no Brasil. Pode-se indicar ao menos quatro processos (n.0001007-27.2013.8.12.0110, n. 002337592.2017.8.13.0520, n.1036531-51.2018.8.26.0224 e n.1119688-66-20219.8.26.0100) que tangenciaram o tema,⁵⁵ os quais, mesmo tramitando em segredo de justiça, são objeto de análise a seguir.

2.2.1 Processo n. 0001007-27.2013.8.12.0110

Em 2013, no estado do Mato Grosso do Sul, o pedido de uma mãe para apagar o perfil do Facebook da filha – a jornalista Juliana Ribeiro Campos, que morreu em virtude de um acidente – foi atendido pelo Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial Central de Campos Grande (questão da competência). A genitora, Dolores Pereira Ribeiro Coutinho, não se conformou com tantas postagens de mensagens, fotos e música na rede social da filha morta, tendo a rede social se transformado num verdadeiro “muro de lamentações”, como se viva ainda estivesse. Tais manifestações, segundo a autora, gerava sofrimento adicional à já prematura perda da única filha e afrontava a sua dignidade.

⁵⁵ Disponível em: <https://monitoring.knewin.com/verNoticia.aspx?c=c3db5ef9-31c5-4b0a-b664-2a0979d5644d&n=53407976&e=72>. Acesso em: 22 set. 2021.

Os pais da falecida primeiro buscaram em conjunto a via administrativa, tendo recebido o *feedback* de que teriam que recorrer administrativamente à empresa localizada na Irlanda, motivo pelo qual acionaram a Justiça para inativar a conta da filha, reiterando que a imagem dela poderia ser vilipendiada, pois os comentários poderiam se transformar em ofensas à personalidade da pessoa já falecida, caso ficassem disponíveis livremente aos usuários do Facebook.⁵⁶

A decisão relativa à obrigação de fazer não foi cumprida imediatamente pela ré (Facebook Serviços *On Line* do Brasil), o que ensejou pedido de liminar para a exclusão do perfil pertencente à filha da requerente em 48h, pelo caráter público da página, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 e imputação do crime de desobediência à ordem judicial. A juíza Vania de Paula Arantes, em 19.3.2013, vislumbrou a presença dos requisitos para a concessão da medida de urgência, como se afere da seguinte fundamentação:

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 *on line* pela autora, mas até o momento não obteve êxito, como se vê pelos documentos de fls.15 e 20/21. O perigo na 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 acolhido”.⁵⁷

56 Disponível em: <https://valor.globo.com/noticia/2018/09/18/judiciario-recebe-os-primeiros-processos-sobre-heranca-digital.ghtml>. Acesso em: 2 set. 2021; <https://www.cnbsp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MjAyNTc=&filtro=1>. Acesso em: 6 set. 2021; <https://migalhas.uol.com.br/quentes/176985/facebook-deve-excluir-perfil-de-jovem-que-faleceu-em-2012>. Acesso em: 6 set. 2021; <https://recortesrio.com.br/justica-do-ms-determina-que-facebook-exclua-pagina-de-jovem-falecida/>. Acesso em: 6 set. 2021; <https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/chaves-guimaraes-testamento-bens-digitaes>. Acesso em: 6 set. 2021.

57 Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/arquivo_artigo/art20130424-11.pdf. Acesso em: 6 set. 2021.

De fato, o perfil da jovem falecida em 2012 não é mais encontrado na rede social.⁵⁸

2.2.2 Processo n. 0023375-92.2017.8.13.0520

Em 2017, a Justiça de Minas Gerais, por meio da Vara Única da Comarca de Pompeu, julgou um caso em que os pais ajuizaram ação para terem acesso a dados da filha falecida, Helena, que se encontravam arquivados em uma conta virtual atrelada ao seu telefone móvel da marca Apple. O feito tramitou em segredo de justiça.

O pedido foi julgado improcedente pelo juiz Manoel Jorge de Matos Junior. Em sua decisão, o magistrado considerou que a mãe obteria indiretamente informações de terceiros, o que violaria a privacidade alheia. Em sua fundamentação, enfatizou ainda a necessidade de garantir o sigilo da correspondência e das comunicações, plasmado no art. 5º, XII, na Constituição Federal. Ao fim e ao cabo, restaram protegidos a intimidade e os direitos de personalidade tanto da filha como dos terceiros com a qual ela interagiu.

A única parte a que se teve acesso da decisão proferida em 8.6.2018 foi a seguinte:

Dada essa digressão, tenho que o pedido da autora não é legítimo, pois a intimidade de outrem, inclusive da falecida Helena, não pode ser invadida para satisfação pessoal. A falecida não está mais entre nós para manifestar sua opinião, motivo pela qual a sua intimidade deve ser preservada.⁵⁹

58 O caso recebeu atenção do Professor Giorgio Resta, que o retratou da seguinte forma: “Non si tratta, però, di una controversia concernente l'accesso all'*account* del defunto, bensì il regime postumo del profilo *Facebook*. Com'è noto, in caso di decesso del titolare, *Facebook* permette di rendere il profilo “commemorativo” (30). Ciò significa che non è possibile chiedere o accettare nuove ‘amicizie’ o compiere ulteriori attività, ma soltanto mantenere visibile il profilo dello scomparso – sottoposto così ad una sorta di ‘ibernazione’ virtuale – per ricevere, nell'apposito diario, messaggi celebrativi e ricordi da parte degli amici confermati (31). Nel caso in esame, la trasformazione del profilo da attivo in commemorativo era stata disposta unilateralmente dall'operatore, in contrasto con le indicazioni della madre della defunta, la quale aveva chiesto il suo oscuramento. La donna aveva invano fatto presente alla società statunitense che il profilo *Facebook* della figlia, una giovane e carismatica giornalista morta prematuramente, si era trasformato in un vero e proprio ‘muro del pianto’ (con innumerevoli messaggi di cordoglio, ricordi personali e commenti incessantemente inseriti dagli altri utenti). Ciò era fonte di gravi sofferenze per una madre che aveva appena perso in circostanze drammatiche l'unica figlia. Promossa azione in giudizio, la corte di prima istanza di Campo Grande (Mato Grosso del Sud) emette un provvedimento d'urgenza, con il quale ordina a *Facebook* di rimuovere il profilo in questione, in ragione della sua attitudine lesiva dei diritti della personalità (32). In particolare, afferma la corte, il mantenimento del sito in funzione commemorativa arrecherebbe una violazione grave alla dignità umana della madre, oltre a determinare il rischio di propagazione di messaggi lesivi della stessa personalità del defunto (33)” (RESTA, 2014).

59 Disponível em: https://minhaagenda.nic.br/files/apresentacao/arquivo/740/%20Perspectivas_para_o_legado_digital_pos_morte.pdf. Acesso em: 25 ago. 2021.

O pedido foi negado, preservando-se a intimidade da falecida Helena. Não houve recurso, tendo sido arquivado o processo.⁶⁰

2.2.3 Processo n. 1036531-51.2018.8.26.0224⁶¹

O Juiz Lincoln Antonio Andrade de Moura, da 10ª Vara de Guarulhos/SP, proferiu uma decisão, em 27.2.2020, com base no art. 10 do Marco Civil da Internet, permitindo o acesso aos dados de *e-mail* do falecido, hospedados no Yahoo!, à sua viúva, inventariante, em período determinado para obtenção de dados e documentos em virtude de uma transação imobiliária realizada antes da morte.⁶² Curiosamente a empresa concordou expressamente com o pedido de concessão de acesso à conta eletrônica do autor da herança, desde que comprovada a sua morte, o que aparentemente destoa dos seus termos de uso.

2.2.4 Processo n. 1119688-66-2019.8.26.0100

Em 9 de março de 2021, a 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio de acórdão de relatoria do Desembargador Francisco Casconi,⁶³ manteve a improcedência de ação indenizatória cumulada com obrigação de fazer, movida pela mãe de Mariana, que pretendia a manutenção do perfil do Facebook da filha morta – como meio de amenizar a perda e manter recordações disponibilizadas por ela na rede social e contatos com amigos e seguidores dela –, bem como perceber danos morais decorrente da abrupta exclusão da conta.

A Corte local manteve incólume a decisão de exclusão da conta da usuária falecida, vedando a transmissão de seu conteúdo à herdeira ascendente, por entender que a plataforma teria agido no exercício regular do seu direito, a partir de seus termos de uso, cuja abusividade ou falha na prestação dos serviços não foi observada e, “de um modo ou

60 Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=520&numero=1&listaProcessos=17002337. Acesso em: 25 ago. 2021.

61 Disponível em: <https://news.fcrlaw.com.br/news/decisoes-da-justica-negam-o-direito-a-heranca-digital/>. Acesso em: 22 set. 2021.

62 Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/208802324/processo-n-1036531-5120188260224-do-tj-sp>. Acesso em: 17 out. 2021

63 Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=14499526&cdForo=0>. Acesso em: 17 out. 2021; <https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/exclusao-perfil-facebook-morte-nao-gera-dever-indenizar>. Acesso em: 22 set. 2021.

de outro, previam expressamente a impossibilidade de acesso ilimitado do conteúdo após o óbito”.⁶⁴ Esse tipo de conclusão já foi aplicada em outras oportunidades,⁶⁵ o que parece destoar da regra mundial que vem sendo construída em bases sólidas.

Eis a ementa do julgado:

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 dele oriundo – Ausência de ilicitude na conduta da apelada a ensejar responsabilização ou dano moral indenizável - Manutenção da sentença
– Recurso não provido.⁶⁶

Da fundamentação pode-se destacar que, (i) segundo o relator, se os pais já tinham por hábito acessar o perfil da filha diretamente por meio de *login* e senha, já há que se vislumbrar uma violação aos termos de uso da plataforma, justificando a remoção do perfil, o que costuma ser indicado por denúncia ou de ofício; (ii) se a plataforma detém uma política própria para o caso de o usuário decidir o destino de sua conta e não o faz, a regra é que esta seja automaticamente transformada em memorial com a ciência do seu falecimento, a ninguém sendo permitido nela entrar sem um contato com o herdeiro indicado.

⁶⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-18/exclusao-perfil-facebook-morte-nao-gera-dever-indenizar>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁶⁵ Situação análoga ocorreu na Inglaterra, como salientado por Lívia Teixeira Leal (2018, p. 30): “Em 2015, foi noticiado o caso de uma cidadã britânica que perdeu a filha de 19 anos devido a um tumor cerebral. Quando a jovem perdeu a fala e os movimentos, a mãe passou a ajudá-la a acessar as redes sociais para se comunicar com os amigos. Após o falecimento da menina, a mãe continuou acessando sua conta. No entanto, o Facebook transformou o perfil em um memorial e a mãe perdeu o acesso à conta, o que lhe causou grande frustração. Na ocasião, o provedor enviou a seguinte resposta para a mãe: ‘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 contato’”. Acerca do mesmo caso confira-se: CADAMURO, 2019, p. 116.

⁶⁶ Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179516485/apelacao-civil-ac-11196886620198260100-sp-1119688-6620198260100>. Acesso em: 17 out. 2021.

Desse modo, válido transcrever o seguinte excerto do voto do relator:

(...) Do exposto extrai-se que o usuário tem duas opções em caso de óbito: optar previamente pela exclusão da sua conta ou requerer a manutenção do perfil com a indicação ou não de um contato herdeiro nesse último caso, oportunidade em que a conta será transformada em memorial. Deste modo, mesmo que o usuário não tenha optado por excluir a conta após o seu falecimento, a outra opção estipulada pelos termos de uso do site é a transformação do perfil em memorial, com funções limitadas e impossibilidade de acesso direto da conta. Assim, o uso da plataforma nos termos referidos pela autora (acesso direto mediante usuário e senha de sua filha) sempre foi vedado pela ré. Com relação à validade das cláusulas acima reproduzidas, insta consignar que não há regramento específico sobre herança digital no ordenamento jurídico pátrio. Sequer a Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) ou a novel Lei Geral de Produção de Dados se debruçaram expressamente sobre a questão. A contenda, assim, deve ser dirimida à luz de dispositivos constitucionais e civilistas, gizada notadamente pelos direitos da personalidade e pelo princípio da autonomia da vontade, o que leva ao respeito da manifestação de vontade exarada pelo titular da conta quando aderiu aos Termos de Serviço do Facebook. Com efeito, o pungente e veloz crescimento do número de usuários da internet e de seus recursos trouxe implicações jurídicas que resvalam em indagações a respeito da possibilidade ou não de transmissão do acesso às suas contas pessoais em redes sociais aos eventuais herdeiros. No trabalho científico '**Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital**', Livia Teixeira Leal traça interessante distinção entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais na rede. A primeira é certamente dotada de valoração econômica a ser repassada para os respectivos herdeiros. A segunda, no entanto, se enquadra justamente no caso **sub examine**, em que prevalece a lógica de proteção assentada nos direitos e personalidade, como a privacidade e a identidade, que são direitos pessoais e intransmissíveis".⁶⁷ (grifos do autor)

A decisão é em sentido diametralmente oposto àquela mencionada do ano de 2013, a qual desconsiderou os termos de uso da plataforma.

De fato, como se afere das hipóteses acima tratadas, o tema da herança digital ainda não foi solidificado por meio de precedentes no Brasil. Desse modo, fica latente o casuísmo na interpretação dos casos, os quais normalmente tangenciam direitos fundamentais, tais como liberdade de informação, intimidade e dignidade humana.

Como se percebe dos casos expostos, mesmo que análogos, o modo de lidar com a morte é individual e as soluções ainda não estão uniformizadas. Diferentes respostas do Judiciário à questão deixam de contribuir com a segurança jurídica, garantida constitucionalmente (art. 5º, XXXVI, da CF/1988) e infraconstitucionalmente, como se

67 Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179516485/apelacao-civel-ac-11196886620198260100-sp-1119688-6620198260100/inteiro-teor-1179516507>. Acesso em: 8 jul. 2021.

extrai atualmente do sistema de precedentes inaugurado pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

Enquanto, no primeiro julgado mencionado, a mãe não conseguia conviver com a atividade *online* da conta do Facebook da falecida filha adolescente, o que a fazia sofrer e reviver a dor, no último caso, ao contrário, a genitora se sentia amparada ao vivenciar o compartilhamento de sentimentos e experiências de terceiros com a filha morta, interação que lhe ajudou a superar o sofrimento.

O recurso contra o mencionado acórdão já ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça e aguarda distribuição a um relator.⁶⁸

A remoção de perfis de usuários da rede no Brasil tem sido pautada pelo sofrimento causado ao parente sobrevivente que deseja obter o conteúdo de dados remanescentes do falecido ou refutá-lo, o que retrata no Judiciário um manifesto casuismo no tratamento da questão. O perfil acaba ficando ativo ou não de acordo com o sofrimento dos familiares, indiretamente estimulados pela falta de regulação a procurar soluções do Poder Judiciário, já abarrotado de litígios.

Nesse contexto, percebe-se que as decisões judiciais vêm sendo calcadas em certo sentimentalismo (MAXIMILIANO, 2000, p. 84), o que não é recomendável para um país que vem buscando construir uma teoria de precedentes inspirada no *common law*. Questões como as que ora se mencionou serão apresentadas, mais cedo ou mais tarde, às Cortes de vértice, em especial ao Superior Tribunal de Justiça, que deverá primar por coesão, uniformidade e estabilidade na adoção de soluções sobre a herança digital.

2.3 A REGULAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL PELO MUNDO

Há uma tendência mundial em regulamentar a sucessão universal dos bens digitais da mesma forma que se vem fazendo com os analógicos, à luz do *leading case* germânico, por não existir razão para se conferir maior proteção aos ativos digitais. Caso o titular de uma conta tenha a intenção de que esta seja repassada a alguém especificamente ou ainda excluída após a sua morte, basta se manifestar expressamente nesse sentido, não sendo possível admitir uma escolha tácita pelo provedor de serviços (BANTA, 2014, p. 839).

68 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/>. Acesso em: 22 set. 2021.

De certo modo, as empresas se furtam a enfrentar o indispensável destino ou armazenamento dos dados de seus clientes falecidos, que é enorme e tem valor colossal. Os provedores de aplicação apresentam, ao seu livre arbítrio, soluções que lhes sejam mais convenientes, normalmente sob o ponto de vista de redução de responsabilidade, trabalho ou de espaço na rede. Enquanto isso, os consumidores ficam mais do que perdidos, pela falta de clareza e incentivo para se posicionar em vida acerca da sucessão desses bens virtuais.

Vejamos como alguns países vêm enfrentando a problemática.

2.3.1 Estados Unidos da América (EUA)

Em 1995, 14% dos adultos americanos já usavam a rede. Hoje, 85% dos adultos americanos usam a internet de alguma forma, postando fotos, vídeos ou mensagens. Os adolescentes americanos lideram o uso da internet com um número impressionante de 95% de acesso, tendo o acesso dos mais idosos aumentado nos últimos cinco anos. Com o aumento dramático no uso da internet, jovens e idosos estão criando cada dia mais ativos digitais (BANTA, 2014, p. 811).

A preocupação acerca do destino desses ativos com a morte tem sido objeto da maioria das leis de sucessão americanas, que favorecem a liberdade de controle da disposição bens por meio de instrumentos legais, tais como testamentos e fideicomissos. A maioria dos americanos valoriza a autonomia privada, como é o caso do direito à propriedade, e acredita na formulação de um planejamento sucessório independente e livre, expectativa que vem sendo ameaçada pelos contratos de inúmeras plataformas digitais (BANTA, 2014, p. 801).

Muitas legislações se opõem aos termos de uso das plataformas na internet, como ocorre no Estado de Massachussetts, que constituiu, a contragosto das regras dos provedores, um estatuto legal autorizando ao herdeiro ou algum familiar indicado a acessar as mensagens eletrônicas do usuário morto, excepcionando a possibilidade de manifestação em sentido diverso por este (PEREIRA, 2020, p. 95-96).⁶⁹

⁶⁹ “Six states have adopted reforms to promote fiduciary access to digital assets: Connecticut,¹⁷⁶ Rhode Island,¹⁷⁷ Oklahoma,¹⁷⁸ Indiana,¹⁷⁹ Idaho,¹⁸⁰ and Delaware.¹⁸¹ Two other states—Virginia¹⁸² and Nevada¹⁸³—have passed limited reforms concerning digital asset access after death. The first state to enact reform in this area was Connecticut in 2005, shortly followed by a similar law passed in Rhode Island in 2007.¹⁸⁴ Connecticut’s and Rhode Island’s laws require email providers to grant executors access to, or copies of, the email of deceased persons if a request is made or if ordered by a probate court.¹⁸⁵ Oklahoma,

Posição legislativa semelhante é a do Estado de Delaware, que prevê a plena transmissibilidade dos bens digitais dos usuários falecidos a seus herdeiros, “incluindo o acesso à conta do Facebook, apesar de constar em seus termos de uso que a transferência de propriedade não é permitida, sobretudo em razão da privacidade de seus usuários, o que tem gerado impasse na solução de casos concretos envolvendo a temática” (LIMA, 2016, apud PEREIRA, 2020, p. 96). A lei foi objeto de debate por dois anos e, ao final, foi aprovada como a House of Bill 345⁷⁰ e sancionada em 12 de agosto de 2014 pelo Governador do Estado de Delaware, tendo entrado em vigor em 1º de janeiro de 2015.

Entre os outros estados, Nevada, por exemplo, determinou que um representante pessoal poderia encerrar uma conta de *e-mail*, rede social ou outra do gênero, salvo se houvesse outro responsável nomeado por meio de um testamento, ou eventual ordem judicial contradizendo a escolha do *de cuius*, enquanto Louisiana permitiu aos executores o pleno controle e manuseio das informações digitais do autor da herança (ZAMPIER, 2021, p. 221).

Entre 2014 e 2015, o mosaico legislativo apresentado foi condensado com a aprovação da Lei de Acesso Fiduciário Uniforme a Ativos Digitais (Revised UFADAA) pela *Uniform Law Commission* (ULC), um grupo sem fins lucrativos e apartidário que criou um comitê para estudar questões relacionadas ao planejamento patrimonial digital e oferecer legislação uniforme sobre o assunto.

Indiana, and Idaho enacted broader legislation, allowing an executor to control or terminate any social networking, blog, or email account.¹⁸⁶ Idaho also addressed the need for fiduciaries to access digital assets of incapacitated persons and gives the right to control or terminate digital accounts to conservators.¹⁸⁷ Indiana’s law allows custodians to access or gain copies of – any documents or information of the deceased person stored electronically.¹⁸⁸ Delaware’s newly enacted law broadly defines digital assets and accounts and allows a fiduciary to – exercise control over any and all rights in digital assets and digital accounts of an account holder”. (BANTA, 2014, p. 830)

70 Sinopse original: “Recognizing that an increasing percentage of people’s lives are being conducted online and that this has posed challenges after a person dies or becomes incapacitated, this Act specifically authorizes fiduciaries to access and control the digital assets and digital accounts of an incapacitated person, principal under a personal power of attorney, decedents or settlors, and beneficiaries of trusts. The Act should be construed liberally to allow such access and control, especially when expressly provided for in a written instrument. Section 1 creates a new Chapter 50 in Title 12 to contain the Act itself while Sections 2 through 4 amend existing statutes pertaining to personal powers of attorney, guardianships, and trustee powers to include the authority permitted under Section”. Disponível em: <https://legis.delaware.gov/BillDetail/23219>. Acesso em: 14 set. 2021. Para conhecer a íntegra do ato, confira-se o seguinte site: <file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/4801470177.pdf>. Acesso em: 14 set. 2021.

A despeito da autonomia legislativa decorrente do federalismo norte-americano, 46 estados adotaram o UFADAA,⁷¹ que estabelece o pleno acesso ao inventariante (*account holder*) escolhido, à exceção apenas das comunicações eletrônicas (*e-mails*), remanescendo a possibilidade de disposição distinta em testamento pelo usuário. A proposta é dividida em 21 sessões e seu intuito é unificar o tratamento a ser dado aos bens digitais,⁷² com regramento próprio e específico.

71“Terms of service agreements and privacy policies govern access to social media and email accounts, and most expire when a user dies and are not transferable. Surviving family members are unable to access social media accounts or valuable digital assets, since most state laws that govern the actions of personal representatives or executors were enacted before email and social media became widespread and do not account for digital property. However, at least 48 states and the U.S. Virgin Islands have enacted laws addressing access to email, social media accounts, microblogging or other website accounts, or other electronically stored assets, upon a person’s incapacity or death. Of the 49 states, 46 have adopted either the Uniform Law Commission’s (ULC) Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (UFADAA) (2014) or the revised version of UFADAA--the Fiduciary Access to Digital Assets Act, Revised (2015)”. Disponível em: <https://www.ncsl.org/research/telecommunications-and-information-technology/access-to-digital-assets-of-decedents.aspx>. Acesso em: 17 set. 2021.

72“**The Uniform Law Commission** (ULC), also known as National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), now in its 124th year, provides states with non-partisan, well-conceived and well-drafted legislation that brings clarity and stability to critical areas of state statutory law. ULC members must be lawyers, qualified to practice law. They are practicing lawyers, judges, legislators and legislative staff and law professors, who have been appointed by state governments as well as the District of Columbia, Puerto Rico and the U.S. Virgin Islands to research, draft and promote enactment of uniform state laws in areas of state law where uniformity is desirable and practical (NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, 2016)”. No que interessa, confira-se o Revised

Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015). Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-no-comments-33?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22&tab=librarydocuments>. Acesso em: 11 set. 2021. Do prefácio do Revised UFADAA, se afere o seguinte: “The purpose of the Revised Fiduciary Access to Digital Assets Act (Revised UFADAA) is twofold. First, it gives fiduciaries the legal authority to manage digital assets and electronic communications in the same way they manage tangible assets and financial accounts, to the extent possible. Second, it gives custodians of digital assets and electronic communications legal authority to deal with the fiduciaries of their users, while respecting the user’s reasonable expectation of privacy for personal communications. **The general goal of the act is to facilitate fiduciary access and custodian disclosure while respecting the privacy and intent of the user.** It adheres to the traditional approach of trusts and estates law, **which respects the intent of an account holder and promotes the fiduciary’s ability to administer the account holder’s property in accord with legally-binding fiduciary duties.**

The act removes barriers to a fiduciary’s access to electronic records and property and leaves unaffected other law, such as fiduciary, probate, trust, banking, investment securities, agency, and privacy law.

Existing law prohibits any fiduciary from violating fiduciary responsibilities by divulging or publicizing any information the fiduciary obtains while carrying out his or her fiduciary duties (...). Digital assets are electronic records in which individuals have a right or interest. As the number of digital assets held by the average person increases, questions surrounding the disposition of these assets upon the individual’s death or incapacity are becoming more common. These assets, ranging from online gaming items to photos, to digital music, to client lists, can have real economic or sentimental value. Yet few laws exist on the rights of fiduciaries over digital assets. Holders of digital assets may not consider the fate of their online presences once they are no longer able to manage their assets, and may not expressly provide for the disposition of their digital assets or electronic communications in the event of their death or incapacity. Even when they do, their instructions may come into conflict with custodians’ terms-of-service agreements. Some Internet service providers have explicit policies on what will happen when an individual dies, while others do not, and even where these policies are included in the terms-of-service agreement, **consumers may not be fully aware of the implications of these provisions in the event of death or incapacity or how courts might resolve a conflict between such policies and a will, trust instrument, or power of attorney. (...)** A user may use an online tool to direct the custodian to disclose to a

Nos termos da UFADAA, o gerenciamento da conta do falecido somente pode ocorrer nos limites do propósito de cuidar dos interesses do proprietário. Por exemplo, não seria defeso o acesso à rede social do autor da herança para coleta de fotos, mas o seria se o propósito fosse o de continuar usando a conta no lugar do usuário (ALMEIDA, 2017 apud PEREIRA, 2020).⁷³ Os arquivos apagados em vida pelo usuário não podem ser revelados aos *fiduciaries*, porque já eram dados inativados no momento da morte.

O projeto demonstra um movimento no sentido de favorecer a herança de ativos digitais como uma questão de política pública.⁷⁴ Vedar o acesso dos *fiduciaries* ao conteúdo digital do *de cuius* afronta a ordem pública (o que no Brasil corresponderia à violação do art. 424, CC/2002 e do art. 51, CDC).

A revisão da proposta, ocorrida em 2015, incorporou expressamente os deveres dos *fiduciaries*, dentre os quais estão arrolados o cuidado, a lealdade e a confidencialidade, especialmente porque a quebra do sigilo de comunicações é considerada crime (U.S.C. 2702 “Voluntary disclosure of customer communications or records”) (ZAMPIER, 2021, p. 232). Os tipos mais comuns de fiduciários incluem

designated recipient or not to disclose some or all of the user’s digital assets, including the content of electronic communications. If the online tool allows the user to modify or delete a direction at all times, a direction regarding disclosure using an online tool overrides a contrary direction by the user in a will, trust, power of attorney, or other record. (...) Subsection 4 (a) gives top priority to a user’s wishes as expressed using an online tool. If a custodian of digital assets allows the user to provide directions for handling those digital assets in case of the user’s death or incapacity, and the user does so, that provides the clearest possible indication of the user’s intent and is specifically limited to those particular digital assets. If the user does not give direction using an online tool, but makes provisions in an estate plan for the disposition of digital assets, subsection 4 (b) gives legal effect to the user’s directions. The fiduciary charged with managing the user’s digital assets must provide a copy of the relevant document to the custodian when requesting access. See Sections 7 through 14. If the user provides no other direction, the terms-of-service governing the account will apply. If the terms-of-service do not address fiduciary access to digital assets, the default rules provided in this act will apply. (...)

SECTION 15. FIDUCIARY DUTY AND AUTHORITY.

(a) The legal duties imposed on a fiduciary charged with managing tangible property apply to the management of digital assets, including:

- (1) **the duty of care;**
- (2) **the duty of loyalty; and**
- (3) **the duty of confidentiality”.** (grifo nosso)

⁷³O autor, a partir de lições de Moisés Fagundes Lara e Marcos Aurélio Mendes Lima, discorre acerca de três gerações de leis norte-americanas que, em linha geral, ampliam gradativamente a proteção ao patrimônio digital do autor da herança, citando, nesse contexto, legislação do ano de 2010, do Estado de

Okhaloma, que prevê a possibilidade de “procuradores e administradores encerrarem a conta de pessoas falecidas em qualquer rede social, microblog, site de mensagens curtas ou serviços de correio eletrônico. Nessa mesma linha, no ano de 2012, o Estado de Idaho modificou seu Código de Sucessões para incluir as referidas disposições (Lima, 2016)”. (PEREIRA, 2020, p. 94-95).

⁷⁴“The Uniform Law Commission’s draft legislation demonstrates the movement toward favoring digital asset inheritance as a matter of public policy” (BANTA, 2014, p. 832).

executores do espólio de um falecido, curadores, conservadores e agentes por procuração.⁷⁵

Saliente-se, todavia, que é possível que a designação do herdeiro seja realizada por meio de ferramenta *online* da própria plataforma, que prevalecerá sobre qualquer outra disposição, desde que a ferramenta digital permita sua modificação ou revogação pelo usuário a qualquer tempo (seção 4-a). No caso de o provedor não fornecer uma ferramenta *online* ou de o sujeito não querer usá-la, este último pode permitir ou proibir – por meio de testamento, fideicomisso ou de outro documento escrito adequado – a divulgação de todos ou de parte dos seus ativos digitais (seção 4-b) (MARINO, 2018, p. 198).

Por fim, deve-se observar que a Califórnia, onde se situam a maioria dos gigantes da internet, não aderiu às disposições mencionadas. A lei californiana é aplicável à grande parte das relações contratuais com prestadores de serviços digitais, que, portanto, seriam inevitavelmente obrigados a se adaptar a esta disciplina sucessória (MARINO, 2018, p. 199). Não se nega que os gigantes do mercado digital são refratários às imposições de limites quanto à sucessão digital – pois, no lugar de elaborarem normas que regulem as relações com os múltiplos usuários, preferem, por inúmeros motivos,⁷⁶ a regulamentação padronizada dos contratos de prestação de serviços *online*.

⁷⁵ Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdff22>. Acesso em 10 ago. 2021. “Per linee essenziali, questa disciplina di *soft law* prevede la facoltà per l’*internet user* di nominare un *fiduciary* che, in caso di morte o incapacità dell’individuo, avrà potere di avere accesso, di amministrare, disporre, divulgare o non divulgare, rimuovere ed eliminare i *digital assets*, le informazioni, i dati personali e le *electronical communications* di cui era titolare. Il *fiduciary*, quale rappresentante personale di fiducia del *de cuius*, deve osservare un generale dovere di diligenza e attenzione, lealtà e riservatezza e può essere un esecutore testamentario, l’amministratore del patrimonio anche non digitale del defunto ovvero un *trustee*, nominato con un testamento, in un *trust*. *Alternativamente, il fiduciary può essere un soggetto specificamente indicato per mezzo di un cd. online tool. In accordo a questo testo normativo, si definisce online tool*⁷⁵ *un servizio digitale prestato dal provider, nell’ambito di un accordo distinto dal contratto di prestazione di servizi principale, che consente all’utente di indicare un soggetto e definirne i poteri attribuiti in ordine alla disclosure o non-disclosure di digital assets (section 2, n. 18, e section 3 UFADAA)* (MARINO, 2018, p. 197).

⁷⁶“Al tempo in cui si scrive, la quasi totalità dei regolamenti contrattuali presi in esame, predisposti dai principali provider (Google, Facebook, Twitter, Instagram, Yahoo!, Paypal, Dropbox, eBay etc.), prevedono la totale estinzione del rapporto in caso di decesso dell’utente (cui è spesso equiparata l’ipotesi del non uso prolungato dell’account) e la chiusura dell’account. Tuttavia, sempre più di frequente, uscendo dall’alternativa secca tra cessazione totale e sopravvivenza integrale del contratto, è contemplata una soluzione mediana rispetto ai due poli estremi e una sorte di fase di «gestione» della cessazione dell’account. I provider consentono infatti agli utenti di nominare, con un apposito form, un soggetto che potrà gestire il profilo o l’account nell’eventualità del decesso: basti pensare alla possibilità data dai social network Facebook e Instagram di designare un cd. «contatto erede» il quale verrà chiamato a gestire il profilo del defunto, renderlo commemorativo o oscurarlo (non continuarlo). Similmente, Google consente all’utente di indicare un soggetto che, in caso di morte (o di prolungato non uso), verrà contattato dal

Por fim, no que tange à América do Norte, ressalte-se que também o Canadá adotou um documento semelhante por meio de sua “Uniform Law Conference of Canada”, em 2016, porém com nomenclatura distinta: “UADAF – Uniform Access to Digital Assets by Fiduciaries Act”.

2.3.2 Continente Europeu

Não obstante o GDPR – General Protection Regulation – (Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia) – tenha expressamente afastado sua aplicação em relação às pessoas falecidas, os Estados-membros vêm estabelecendo, no âmbito nacional, regulações próprias de *digital inheritance law*, como se passa a expor.

2.3.2.1 Bulgária

A Lei de Proteção de Dados Pessoais da Bulgária, datada de 1º de janeiro 2002, reconhece que, em caso de morte da pessoa natural, os direitos aos dados devem ser exercidos por seus herdeiros. E, embora não haja expressamente um regramento dedicado aos ativos digitais, há como se utilizar analogicamente a lei para se permitir o acesso aos dados do falecido por seus familiares (ZAMPIER, 2021, p. 236).

A Lei de Proteção de Dados Pessoais da Bulgária (PDPA)⁷⁷ foi fruto de emenda e suplementação em 2019 e não diverge das orientações básicas da Comissão Europeia sobre a aplicação direta do GDPR, se valendo da discricionariedade conferida aos Estados-membros no que interessa à morte digital. Como regra, os autorizados a obter acesso aos dados pessoais de um falecido, a partir da prova do óbito, são os herdeiros naturais ou outras pessoas com interesse legítimo (SIMEONOV & DERMENDJIEV LAW FIRMA, 2020, p. 3).

A Lei de Proteção de Dados Pessoais da Bulgária estipula que, ao se processar os dados pessoais de controladores de dados de pessoas falecidas, deve-se adotar medidas adequadas para se impedir que os direitos e liberdades de terceiros e o interesse público sejam afetados. O responsável pelo tratamento pode reter os dados se houver uma base legal para tanto. Além disso, os controladores de dados precisam fornecer, mediante

provider stesso, il quale potrà «amministrare» i diversi account (Gmail, Googleplus, Youtube) adoperati dal de cuius. Su questi aspetti si tornerà nel prosieguo dell'indagine”.

⁷⁷ Disponível em: <https://www.cdpd.bg/en/index.php?p=element&aid=1194>. Acesso em: 17 out. 2021.

solicitação, o acesso aos dados pessoais de uma pessoa falecida, incluindo uma cópia deles, para seus herdeiros ou outras pessoas, quando demonstrado o interesse jurídico (RIZOVA, 2021).

2.3.2.2 Estônia

Na Estônia, conhecida como pioneira no conceito de sociedade digital, a maioria das pessoas não poderia sequer imaginar a vida sem os serviços eletrônicos. De acordo com a Lei de Sucessão da Estônia (LSA),⁷⁸ o princípio da sucessão universal rege a herança digital por meio de várias disposições. Além disso, de acordo com a Parte Geral do Código Civil da Estônia Act (GPCCA), a sucessão legal e o conceito de propriedade foram todos adaptados para incorporar o conceito de herança digital, reconhecendo que todas as obrigações e direitos do falecido quanto aos ativos digitais no momento da morte serão transferidos para um herdeiro ou vários em conjunto, a depender da opção do usuário, se existente.

A preocupação do país perpassa pelo fato de que os objetos digitais não devem ficar “sem dono” após a morte do proprietário, e que eventuais responsabilidades ou obrigações que precisam ser liquidadas perante credores venham a prescrever em virtude desse fato (MIKK; SEIN, 2018, p. 118).⁷⁹

Assim, mesmo que uma pessoa morra sem testamento digital na Estônia, a herança é transmitida automaticamente para o seu herdeiro – salvo raras exceções em que, pela natureza das posições contratuais, e não em razão dos seus componentes digitais ou não digitais, é extinta com a morte –, por dependerem as obrigações da participação pessoal do falecido ou por determinação legal (MIKK; SEIN, 2018, p. 120-121).

Quando a sucessão for testamentária, os sucessores têm direito ao espólio digital do falecido, juntamente com outras propriedades – sejam elas tangíveis ou intangíveis. Com base nas leis e nos regulamentos da Estônia, a transferência automática não depende do desejo do herdeiro em receber os ativos individuais, nem é necessária a sua ciência acerca da pré-existência destes (KOLK, 2020, p. 21-22).

⁷⁸ Disponível em: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/Riigikogu/act/514012021002/consolide>. Acesso em: 17 out. 2021.

⁷⁹ “In essence, an heir not only becomes the owner of the objects that belonged to the deceased but also continues to carry all the legal positions that can be transferred by way of succession” (MIKK; SEIN, 2018, p. 120).

Por sua vez, o usuário pode expressamente se manifestar pela não transmissibilidade de determinados bens digitais por meio das plataformas, desde que não o faça mediante cláusulas tácitas, mas expressamente: a extinção do contrato não pode ser deduzida pelos provedores por depender da participação ativa e pessoal do usuário (MIKK; SEIN, 2018, p. 123).

Como se percebe, na Estônia, o herdeiro assume a mesma posição jurídica do falecido por não ser considerado uma terceira pessoa, mas sim um legitimado a reivindicar as mesmas posições contratuais contra o provedor e, a partir daí, exercer o direito como lhe aprouver, como rescindir o contrato, corolário do princípio da sucessão universal, que, ao fim e ao cabo, assegura o direito de propriedade do falecido.

2.3.2.3 Holanda

Na Holanda, quando uma pessoa morre, leis como a Burgerlijk Wetboek (BW) determinam que os herdeiros sucedem os direitos de tudo o que o falecido possuía, incluindo ativos digitais.⁸⁰ Não há necessidade de transferência formal dos ativos individuais ou patrimoniais como um todo, inclusive com relação aos direitos autorais e contratuais, em virtude do princípio de *saisine*. Os ativos digitais são considerados ativos normais e, portanto, não existem regras específicas que regulem a transferência de herança. Em outras palavras, um herdeiro herda ativos digitais da mesma forma que qualquer outro ativo, salvo manifestação em sentido contrário (BERLEE, 2017), assim como acontece na Estônia.

Em geral, presume-se que o direito à privacidade, por ser um direito da personalidade, não é transferível por meio hereditário justamente porque, com a morte, os direitos da personalidade geralmente se extinguem. No entanto, com base em vários arranjos específicos, o direito à privacidade do falecido pode ultrapassar sua existência física. Em virtude dessa realidade, o direito constitucional à proteção da comunicação privada consubstanciado no art. 13 da Constituição holandesa, que prevê o chamado segredo postal, está atualmente em processo de alteração para incluir explicitamente também a comunicação eletrônica na herança digital (BERLEE, 2017) (KOLK, 2020, p. 23-24).

⁸⁰ Article 4:182(1) Burgerlijk Wetboek (BW). Certain patrimonial rights are excluded such as the *usufruct*, Article 3:203(2) BW (BERLEE, 2017).

Nem a literatura acadêmica holandesa, nem o Poder Legislativo holandês emprestaram maiores atenções às implicações legais da herança digital, o que aos poucos está sendo alterado ante a realidade prática. Notários do país vêm discutindo a inserção de uma cláusula de “executor de mídia social” no testamento, ou seja, alguém que seria responsável pela liquidação dessas contas, remanescendo ainda a opção do testador de incluir uma lista de contas e senhas em seu testamento ou adotar a ideia de um cofre digital, no qual os usuários poderiam armazenar seus dados digitais, medida inclusive adotada por certo período por bancos holandeses. No país há empresas gerenciadoras de senhas digitais, como LastPass e 1Password, tendência que se observa em outros ordenamentos (BERLEE, 2017).

2.3.2.4 Itália

A Itália, ao reformar o Codice Privacy (Decreto Legislativo n. 196/2003), desenvolveu uma estrutura regulatória para herança digital por meio do denominado Decreto Legislativo n. 101 de 2018 (LD101),⁸¹ que se adapta ao Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR).

É o Article 2-terdecies do Decreto n. 101 de 2018 que trata da morte digital, nos seguintes termos: os direitos de pessoas falecidas podem ser exercidos por um indivíduo que age de acordo com 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 plataformas.

Por outro lado, a lei estabelece que a relação contratual entre uma pessoa falecida e a plataforma *online* enquadra-se no conceito de sucessão universal, o que poderá gerar conflitos entre agentes indicados (não necessariamente herdeiros) e herdeiros ou familiares. Em tais situações, o caráter vinculativo do termo contratual entre o titular dos dados e o fornecedor deve ser avaliado com particular atenção se excluir eventualmente algum herdeiro necessário.

81 **Decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101:** Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati) (*GU (Gazzetta ufficiale)* Serie Generale n. 205 del 4.9.2018) . Disponível em: <https://www.dataguidance.com/notes/italy-data-protection-overview>. Acesso em: 16 out. 2021.

Portanto, a recente reforma italiana parece atingir seus objetivos (alinhar as regras à prática e aumentar a liberdade do falecido), porém não fornece uma coordenação clara com relação aos legitimados a acessar prioritariamente os dados do falecido.

Não há jurisprudência italiana disponível acerca das matérias relacionadas à herança digital (PATTI; BARTOLINI, 2019, p. 1), o que, todavia, não impediu a promulgação da reforma legislativa, muito incentivada por renomada doutrina, que já antevia, a partir da observação da experiência estrangeira, os problemas futuros que advirão no país.

2.3.2.5 Espanha

No final de 2018, incentivada pelas conclusões da Corte alemã, a antiga Lei de Proteção de Dados espanhola sofreu uma reforma decorrente da aprovação da Ley Orgánica 3/2018 (Ley de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales).⁸² Essa solução legislativa estabeleceu a legitimidade dos herdeiros no gerenciamento da herança digital do ente falecido, contanto que não exista disposição testamentária

82. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2018/12/06/pdfs/BOE-A-2018-16673.pdf>. Acesso em: 16 set. 2021. Da lei se retira claramente a legitimidade dos herdeiros necessários do usuário que vem a falecer sem testamento, *a contrario sensu* do que se afere do art. 96, que ora se transcreve: “Artículo 96. Derecho al testamento digital. 1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas: a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto. b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. 2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma. 3. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica. 4. Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación”.

contrária – expressa ou implícita (MENDES; FRITZ, 2019, p. 206). Note-se que o Direito espanhol e o alemão priorizaram a sucessão universal dos herdeiros e a autonomia da vontade e da liberdade do autor da herança, que pode se valer de um testamento digital, na tratativa da herança de bens virtuais.

2.3.3 China

Por meio do 13º Congresso Nacional do Povo, a China aprovou um Código Civil histórico sobre herança de criptomoeda, cujos principais exemplos são o Bitcoin e o Ethereum. Por maioria, as legislaturas chinesas votaram pela aprovação do “Código Civil da República Popular da China”, que inclui direitos reais, direitos de personalidade, casamento e família, contratos, herança e responsabilidade civil.⁸³

A alteração no Código Civil Chinês, em vigor desde 1º de janeiro de 2021, explicita que, “quando uma pessoa física morre, o legado é a propriedade legal pessoal deixada por ela”, garantindo ao cidadão a percepção da herança em criptomoedas.⁸⁴

Em reportagem publicada sob o título “China Passes Law Protecting Cryptocurrency Inheritance”, se afere que o escopo da lei expande o conceito já existente sobre patrimônio legal objeto da sucessão, incluindo os *virtual assets* (ativos virtuais), dentre os quais as criptomoedas, como parte do direito de propriedade adquirida ao longo da vida pela pessoa natural.⁸⁵ Os cidadãos chineses agora podem incluir propriedade da internet e moeda digital, inclusive Bitcoin, como herança legal.⁸⁶

Extraí-se, por sua vez, da dicção do art. 127 do Código Civil Chinês que, “onde houver leis que prevejam especificamente a proteção de dados e ativos virtuais *online*, tais disposições devem ser seguidas” (tradução livre).⁸⁷

83 Disponível em: <https://br.sputniknews.com/economia/2020060315655650-grande-impulso-para-economia-digital-china-permite-herdar-bitcoins/>. Acesso em: 17 out. 2021

84 Disponível em: <https://cryptobusinessworld.com/ArticleDetail/4194/crypto-business-world-china-passes-civil-code-about-cryptocurrency-inheritance-in-china>. Acesso em: 17 set. 2021.

85 Disponível em: <https://news.bitcoin.com/china-law-cryptocurrency-inheritance/>. Acesso em: 17 set. 2021.

86 Disponível em: <https://www.supercryptonews.com/chinese-civil-code-allows-citizens-to-inherit-cryptocurrency/>. Acesso em: 17 set. 2021.

87 No original: “Where there are laws particularly providing for the protection of data and online virtual assets, such provisions shall be followed”.

2.4 OS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO BRASIL

A relevância do tema também se revela por ter sido objeto de preocupação do legislador ordinário brasileiro, haja vista a tramitação diversos projetos tanto na Câmara dos Deputados – para alterar o Código Civil de 2002 – como no Senado Federal, tendo alguns sido arquivados.⁸⁸ A privacidade de dados e a discussão acerca de seu fim com a morte natural é sem dúvida um problema complexo, dado o risco de perenidade dessas informações plasmadas em uma multiplicidade de arquivos eletrônicos, recorrentemente até desconhecidos do usuário, e cujo destino não pode ficar à própria sorte (ou mesmo azar).

88 O primeiro projeto de lei sobre herança digital foi o de n. 4.099/2012, de autoria do Deputado Jorginho Mello, e, em seu art. 22, incluía um Parágrafo único no art. 1.788 do Código Civil e assim dispunha: “o art. 1.788 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único: ‘serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança’”. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4248005&ts=1630442514169&disposition=inline>. Acesso em: 22 set. 2021. O segundo, o Projeto de Lei n. 4.847/2012, apensado ao primeiro, trabalhou metodologicamente melhor a questão, tendo sido de autoria do Deputado Federal Marçal Filho. Objetivava acrescentar ao capítulo de sucessões do Código Civil 3 artigos: os arts. 1.797-A a 1.797-C, estabelecendo normas sobre a herança digital, definida 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”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>. Acesso em: 17 out. 2021. O terceiro Projeto foi o n. 1331/2015 e tinha por objetivo modificar o inciso X do art. 7º da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), de modo a legitimar o cônjuge, os ascendentes e os descendentes (até o terceiro grau) a solicitarem a exclusão dos dados pessoais do usuário que morreu. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1227967>. Acesso em: 17 out. 2021. O quarto Projeto foi o de n. 7742/2017. Na mesma toada, a partir da inclusão de dispositivos na Lei 12.965/2014, o projeto trazia a inclusão do art. 10-A ao marco civil da internet Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139508>. Acesso em: 17 out. 2021. O texto estabelecia que os provedores de aplicações excluíssem as contas de usuários falecidos, assim que comprovado o óbito, através de requerimento via formulário do cônjuge, companheiro ou parente maior de idade, obedecendo-se a linha sucessória até o 2º grau. Além disso, mesmo após a exclusão, os provedores deveriam manter os dados dessas contas pelo prazo de um ano, contado a partir da morte. Por fim, o referido artigo previa que as contas pudessem ser mantidas, desde que essa opção fosse disponibilizada pelo próprio provedor e houvesse requerimento nesse sentido feito pelo cônjuge, companheiro ou parente dentro de até um ano após o falecimento, mas com impossibilidade de gerenciamento por alguém, a não ser que assim fosse expressamente autorizado pelo proprietário falecido. O quinto Projeto foi o de n. 8.562/2017, que tratava o tema de forma semelhante ao Projeto n. 4.847/2012, acrescentando o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C ao Código Civil de 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 17 out. 2021.

Estão em tramitação no Brasil os seguintes projetos sobre sucessão digital:

a) **Projeto de Lei n. 6.468/2019**,⁸⁹ que aguarda designação de relator desde 18.2.2021 e pretende acrescentar ao art. 1.788 o seguinte Parágrafo único: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”;⁹⁰

b) Projeto de Lei n. **5.820/2019**,⁹¹ ainda em tramitação, que tem como foco alterar o art. 1.881 do Código Civil de 2002, que trata sobre herança digital no seu § 4º, no qual se prevê a possibilidade de que a sucessão seja realizada por meio de codicilo gravado por vídeo e com a dispensa de testemunhas: “Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade”;

c) **Projeto de Lei n. 3050/2020**,⁹² ainda em tramitação, busca a inclusão de um Parágrafo único no art. 1.788, com a seguinte redação: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de qualidade patrimonial, contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”. Desse modo, ficaria viabilizada a transmissão dos conteúdos de caráter patrimonial e afetivo;

d) **Projeto de Lei n. 3.051/2020**⁹³ tem a pretensão de alterar o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) com o acréscimo do art. 10-A, a fim de regulamentar a possibilidade de escolha, pelos familiares, entre a exclusão de conta de aplicativos e redes sociais de brasileiros mortos e a criação de memoriais, em respeito à existência do morto. A retirada da conta depende de requerimento em formulário próprio por cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau, maior de idade.

89 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8056437&ts=1630442055675&disposition=inline>. Acesso em: 22 set. 2021.

90 Gustavo Santos Gomes Pereira (2020, p. 92) assim sintetiza esse projeto: “o que pretende fazer o Projeto de Lei n. 6468/2019, portanto, é assegurar aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do falecido caso inexista testamento. Ou seja, fazer com que a sucessão de bens digitais ocorra como a de qualquer outro bem tangível, que não precisa de testamento para que se deixe clara sua aptidão para sucessão”.

91 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>. Acesso em: 17.11.2021.

92 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254247>. Acesso em: 17 out. 2021.

93 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2254248>. Acesso em: 17 out. 2021.

Eis o teor da proposta de texto:

Art. 10-A: ‘Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente se for requerido por familiares após a comprovação do óbito.

§ 1º A exclusão dependerá de requerimento aos provedores de aplicações de internet, em formulário próprio, do cônjuge, companheiro ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive.

§ 2º Mesmo após a exclusão das contas, devem os provedores de aplicações de internet manter armazenados os dados e registros dessas contas pelo prazo de 1 (um) ano, a partir da data do requerimento dos familiares, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

O **Projeto de Lei n. 410/2021**⁹⁴ foi apensado a este tendo em vista o teor análogo.

e) **Projeto de Lei n. 1.144/2021**,⁹⁵ que parece ser o mais completo até o momento, embora não trate do assunto com a profundidade demandada pelo cenário em que a herança digital se insere atualmente. O texto desse projeto visa garantir, contanto que não haja disposição contrária, a transmissão dos bens que possuem conteúdo patrimonial, incluindo contas em redes sociais usadas para fins econômicos. Além disso, seria proibida a transmissão de mensagens privadas de qualquer aplicação de internet, salvo quando a utilização for exclusivamente para fins pecuniários.

Também foram propostas alterações na lei referente ao Marco Civil da Internet, na tentativa de obrigar os provedores de aplicações a excluírem os perfis de usuários brasileiros falecidos, desde que comprovado o óbito. Segundo a disposição legal, somente não haveria a exclusão nos casos em que houvesse disposição em sentido contrário, por meio de contrato ou por manifestação de vontade do titular.

É possível perceber que as propostas legislativas não inovam propriamente no sistema jurídico ao preverem genericamente o que já estava sedimentado no sistema sucessório pátrio. A despeito de se entender que uma regulação mais detalhada possa facilitar a livre escolha pelo usuário acerca do destino de seus bem digitais póstumos,

94 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2270016>. Acesso em: 17 out. 2021.

95 Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275941>. Acesso em: 17 out. 2021.

acredita-se que os princípios já consagrados no ordenamento pátrio viabilizem dirimir os conflitos acerca da herança digital a partir de uma interpretação extensiva, especialmente em temas dinâmicos como o direito digital, sob pena de se excluir a sociedade de respostas por vezes urgentes ante à nova realidade (COSTA FILHO apud PEREIRA, 2020, p. 102-103).

É indispensável que os usuários assumam a responsabilidade por seus acervos hereditários – seja qual for a opção que adotarem –, bem como que se limitem os termos de uso das plataformas, os quais não emitem normas cogentes e, portanto, apenas terão utilidade na medida em que se amoldarem à última vontade do autor da herança. Os termos de uso desses gigantes digitais, que se colocam em posição altamente vantajosa perante o consumidor-usuário, se valem arbitrariamente desse hiato regulamentar no Brasil para fixar as cláusulas que bem entenderem sobre a sucessão do contrato digital.

A legislação brasileira ainda não conseguiu, apesar das tentativas por meio dos supracitados projetos de lei, avançar na mesma proporção que a tecnologia e o uso das redes sociais, razão pela qual ainda se encontra muito aquém da evolução jurídica atingida nos países supracitados. No caso de influenciadores digitais e celebridades, uma vez considerado o elevado retorno econômico das contas, torna-se necessário definir não apenas regras possibilitando a transmissão do acervo digital e orientações relacionadas à administração após os herdeiros assumirem esses bens, mas também esclarecer sobre quem pode herdar no mundo digital e qual o objeto transmissível.

O próximo capítulo buscará esclarecer como os sujeitos de direito se colocam nessas relações e como o patrimônio digital é entendido à luz das regras do sistema.

CAPÍTULO III - DIREITOS DA PERSONALIDADE E BENS DIGITAIS

3.1 A SUCESSÃO DIGITAL A PARTIR DA ÓTICA DOS SUJEITOS E BENS ENVOLVIDOS

A breve apresentação do sistema sucessório brasileiro no primeiro capítulo teve por escopo não apenas introduzir o presente trabalho, mas demonstrar como o sistema pátrio supostamente não apresentou soluções apriorísticas para a sucessão do patrimônio digital, porquanto calcado em um mundo analógico, como não poderia deixar de ser. O avanço tecnológico não se coaduna à estaticidade da lei, que jamais poderia acompanhar todas as mudanças pelas quais a sociedade da informação vem passando.

Isso, todavia, não quer dizer que o sistema não contenha regras e normas que possam auxiliar o intérprete instado a se manifestar sobre inúmeros e complexos problemas advindos dessa nova realidade virtual. No que diz respeito à sucessão digital, pode-se de antemão antever alguns embates, tais como aquele entre as regras regulamentares dos contratos de prestação de serviços *online* e o direito das sucessões,⁹⁶ bem como entre direitos da personalidade, propriedade e autonomia da vontade.

No Brasil, alerta-se que sequer é plena a liberdade do testador com relação ao destino da integralidade de seu patrimônio. A herança, como já demonstrado, está submetida a um sistema legal híbrido, no qual a legítima ocupa espaço tão ou mais importante que a sucessão testamentária, tendo em vista o pouco uso do testamento pelos brasileiros de modo geral.

A questão, portanto, **além de contratual, é estatal**, tendo em vista que as escolhas impostas unilateralmente pelos provedores (que em sua maioria renegam o direito à herança digital por meio de seus termos de uso) não se coadunam, *primo icto oculi*, à previsão legal, calcada na plena transmissibilidade patrimonial e imaterial para os

⁹⁶ “I termini del discorso mutante dunque, come anticipato, in ordine alla trasmissibilità a causa di morte di singole situazioni soggettive su contenuti digitali di cui il *de cuius* sia titolare, considerate in una prospettiva *atomistica*. Qualora esibiscano i tratti della patrimonialità, dell’esclusività e dell’assolutezza, esse sono indubitabilmente destinate cadere in successione in quanto *relictum* ereditario sussistente al momento dell’apertura della medesima. Basti pensare a *IPRs* su opere creative dell’ingegno veicolate dal *medium* digitale (*software*, *app*, fotografie, video, *post*, corrispondenza digitale, nomi a dominio, beni acquisiti nei *virtual worlds* etc.³¹) e alla correlata facoltà di utilizzazione economica che essi attribuiscono al titolare³². **Una clausola negoziale di un contratto di prestazione di servizi *online* che ne precludesse la devoluzione successoria si porrebbe, pertanto, in irrimediabile contrasto con le norme cogenti dell’ordinamento che riconoscono e tutelano siffatti diritti e con il principio generale che ne garantisce la trasmissibilità *mortis causa*” (MARINO, 2018, p. 180-181, grifo nosso).**

herdeiros com o falecimento do sujeito de direito, cuja projeção da personalidade é tutelada *post mortem* (arts. 11 e 20, Parágrafo único, do Código Civil de 2002).

Não se desconhece, ainda, a possibilidade de o indivíduo, detentor de sua autodeterminação, dentro do espaço disponível da sucessão testamentária, escolher o destino de sua herança digital por meio de serviços *online*, o que já representa um significativo mercado econômico em torno da morte digital. Em princípio, o usuário detém a liberdade de indicar seus herdeiros digitais, numa espécie de testamento

online.⁹⁷ Em uma primeira consideração, caso não o faça, deve-se presumir de antemão sua anuência com a plena sucessão posta no ordenamento pátrio.

Com efeito, o novo espaço virtual enseja discussões diversas acerca do papel da autonomia privada no que tange à herança digital e como esta se externalizaria (substancialmente e formalmente) diante dos diversos conteúdos constantes na rede, perante os provedores, os herdeiros e, sobretudo, terceiros com os quais eventualmente o falecido manteve interlocução durante sua vida.

Inevitavelmente curtos-circuitos entre o ambiente analógico e o virtual são esperados. Aliás, os choques já estão reverberando pelo mundo afora, como já foi apresentado, e o ordenamento sucessório tem sido conclamado a desempenhar um papel crucial na proteção de interesses pessoais *post mortem*.

97 O Superior Tribunal de Justiça vem flexibilizando certas formalidades em testamentos, a fim de validá-los em virtude da autonomia privada do falecido. Entende-se que, com maior razão, a lógica deve se aplicar também aos testamentos virtuais, cujo rito não é o mesmo, e deve ser mais flexível e adaptável à nova realidade, por tratar de um ambiente novo, diverso do tradicional. Confira-se: “CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TESTAMENTO. FORMALIDADES LEGAIS NÃO OBSERVADAS. NULIDADE. 1. Atendido os pressupostos básicos da sucessão testamentária - i) capacidade do testador; ii) atendimento aos limites do que pode dispor e; iii) lúdima declaração de vontade - a ausência de umas das formalidades exigidas por lei, pode e deve ser colmatada para a preservação da vontade do testador, pois as regulações atinentes ao testamento tem por escopo único, a preservação da vontade do testador. 2. Evidenciada, tanto a capacidade cognitiva do testador quanto o fato de que testamento, lido pelo tabelião, correspondia, exatamente à manifestação de vontade do *de cuius*, não cabe então, reputar como nulo o testamento, por ter sido preterida solenidades fixadas em lei, porquanto o fim dessas - assegurar a higidez da manifestação do *de cuius* -, foi completamente satisfeita com os procedimentos adotados. 3. Recurso não provido”. (REsp 1.677.931/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 22/08/2017). [Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp). Acesso em:

13 set. 2021. No mesmo sentido: REsp 1633254/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/03/2020, DJe 18/03/2020; AgInt no AREsp 1319735/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2021, DJe 29/04/2021; AgInt nos EDcl no AREsp 1586883/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2020, DJe 16/11/2020; AgInt no AREsp 1439053/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 29/06/2020, DJe 03/08/2020, AgInt nos EDcl no REsp 1370897/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 10/10/2019, DJe 15/10/2019 e REsp 1583314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 23/08/2018.

Cumpre informar que há três correntes no que se refere à herança digital construídas pela doutrina brasileira:

(i) a primeira corrente entende pela transmissibilidade irrestrita de todo o acervo digital do falecido aos seus herdeiros e de maneira automática, a partir das regras sucessórias já plasmadas no sistema. Tal proposição não distingue do acervo hereditário bens de conteúdo analógico e digital, que é único e universal, salvo se houver disposição de última vontade em sentido contrário ao do autor da herança, por meio de (testamento tradicional ou virtual ou codicilo). De antemão antecipa-se que se reputa essa a solução mais adequada, não apenas a partir de uma leitura hermenêutica das normas do sistema, mas também por se coadunar com importantes manifestações internacionais sobre o tema;

(ii) a segunda corrente entende passível de transferência apenas aqueles que pudessem ser monetizados ou fosse monetizáveis, ou seja, tivessem conteúdo estritamente patrimonial, afastando da sucessão os bens existenciais. Para essa parte da doutrina, majoritária no Brasil, os bens que pudessem tangenciar a privacidade do morto – tais como conversas no whatsApp, no messenger do Facebook, no direct do Instagram, em *e-mails* –, pois teriam o caráter estritamente pessoal, o que os excluiria da herança digital.

Essa doutrina defende majoritariamente que a transmissão de bens dotados de **conteúdo existencial** afrontaria direitos fundamentais referentes à liberdade e à privacidade não apenas do usuário-falecido, mas, sobretudo, de terceiros que eventualmente tenham interagido com ele ao longo da vida, cujos direitos também devem ser assegurados. A herança digital quanto ao teor personalíssimo mereceria tratamento especial, tendo em vista a obrigação fundamental do Estado de garantir proteção à dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade do indivíduo, mesmo após a sua morte (CADAMURO, 2019, p. 131).

(iii) a terceira corrente, de interesse exclusivo das plataformas digitais, defende a total impossibilidade de transmissão de qualquer bem – independentemente do seu conteúdo. Afirma que tais contratos são personalíssimos e, por isso, intransferíveis. De forma independente, as plataformas assumem o papel de gestor desses dados por não reconhecerem o direito à titularidade desses bens, mas tão somente o direito de uso da plataforma.

Por ora, a despeito das inúmeras nuances e abordagens possíveis sobre a sucessão digital, delimita-se o debate, neste momento, a partir de **dois enfoques centrais do problema**, especificamente relacionados **ao sujeito e ao objeto** da problemática, a saber: (i) o espaço que os direitos de personalidade e a autonomia privada *post mortem* ocupam nesse cenário virtual;⁹⁸ e (ii) a amplitude do conceito de bens jurídicos sob a ótica do conteúdo digital, tanto sob o ângulo material, como do existencial.

Aparentemente esses dois referenciais antecedem a discussão acerca da herança digital e merecem ser abordados *ex ante* para melhor compreensão do tema, cujo quadro sistemático deve considerar o papel da personalidade e, por conseguinte, da autonomia privada, bem como o conteúdo econômico e existencial na sucessão *causa mortis*.⁹⁹

Em um primeiro momento, portanto, parte-se dos interesses da pessoa humana expressados via *web*, para então, subsequentemente, qualificar-se a natureza dessas situações subjetivas, entrelaçadas na rede, buscando-se ainda identificar quais seriam os bens digitais passíveis de transmissão *causa mortis*, ou seja, como se daria a transferência de propriedade desse conteúdo.

É essencial avaliar a “devolutividade” hereditária. Esse é um problema recente que exige um novo olhar e uma análise do sistema como um todo.

3.2 A PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE VIRTUAL *POST-MORTEM* NO MUNDO

A análise acerca dos direitos da personalidade importa ao presente estudo, que visa compreender o fenômeno da herança digital e, como não poderia deixar de ser, se importa com o sujeito de direito, em torno do qual gravita o sistema jurídico. Ao fim e ao

98 “In prima battuta, devono essere fotografati gli interessi della persona che trovano espressione sul *web*, al fine di poter qualificare la natura giuridica delle situazioni soggettive che rivestono i medesimi quale oggetto delle vicende di successione *mortis causa*” (MARINO, 2018, p. 174).

99 “Per un primo verso, **alcune incrinature a una rigida partizione delle due logiche, quella patrimoniale dell’appartenenza e quella della tutela della persona, affiorano già nel tessuto normativo**: si pensi, in via esemplificativa, al menzionato art. 24 l.a. sul diritto di pubblicazione di opere postume che si pone al crocevia tra diritto morale di inedito e diritto di sfruttamento econômico della pubblicazione dell’opera; all’art. 95 l.a., che estende le richiamate disposizioni sulla divulgazione, riproduzione e messa in commercio delle corrispondenze epistolari del *de cuius* anche alle opere di valore letterario o comunque tutelate dal diritto d’autore, ove si combina l’interesse personale e familiare a quello prettamente patrimoniale; agli artt. 96 e 98 che consentono un’analogia possibilità con riferimento al diritto al ritratto, anche fotografico, la cui riproduzione e messa in commercio può esibire un valore economico; ancora, all’art. 8 del d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (codice della proprietà industriale) sulla registrazione come marchio del ritratto di un defunto⁴³ (MARINO, 2018, p. 185).

cabo, são as pessoas e suas relações que fundamentam o ordenamento legal, inclusive no universo digital.

Não existe no Brasil, e também no mundo, uma abordagem uniforme e uníssona para o problema da proteção *post-mortem* dos interesses da personalidade. Alguns sistemas jurídicos negam qualquer forma de proteção *post mortem* dos interesses não pecuniários do falecido; outros, por outro lado, admitem a legitimidade dos herdeiros ou familiares para buscar remédios inibitórios e compensatórios para os casos mais graves de violação da personalidade do falecido (RESTA, 2014).

Como exemplo **do primeiro modelo**, pode-se mencionar o sistema norte-americano, calcado na *common law*, no qual todo o aparato visa proteger a *privacy* (privacidade), conceito que não seria renegado em virtude da morte do indivíduo, submetido às regras contratuais das plataformas às quais aderiu em vida.

Giorgio Resta (2014, p. 900) apresenta uma síntese jurisprudencial, extraída da fórmula do § 6521 do Restatement of Torts 2nd (1977), que estabelece que “uma ação de invasão de privacidade só pode ser mantida por indivíduo vivo, cuja privacidade tenha sido invadida, salvo quando houver apropriação de nome ou de imagem”¹⁰⁰. (Tradução livre)

Sob um prisma principiológico, a proteção dos direitos de personalidade justificaria afastar, em alguns casos, a sucessão de posições contratuais aos herdeiros do usuário, principalmente de caráter patrimonial.¹⁰¹

Um **segundo modelo** apresentado por Giorgio Resta seria justamente aquele concernente à tradição do *civil law* (ao qual o Brasil está a princípio vinculado, não obstante a conhecida “commonlização” do sistema a partir da edição do Código de Processo Civil de 2015 e o teor do art. 927 do diploma processual). Nesse tipo de sistema, a regra romana “*actio personalis moritur cum persona*”, tem uma aplicação distinta, notoriamente mais liberal que a americana (RESTA, 2014).¹⁰²

100 No original: “except for the appropriation of one’s name or likeness, an action for invasion of privacy can be maintained only by a living individual whose privacy is invaded”.

101 No original: “L’unico fenomeno di trasmissione riconosciuto dal sistema attiene ai profili patrimoniali della personalità: le azioni concesse nelle ipotesi di *appropriation of name and likeness for commercial purposes*, e a maggior ragione di violazione del *right of publicity*, sono considerate in molte giurisdizioni trasmissibili agli eredi” (RESTA, 2014, p. 900, grifo do autor).

102 O autor, ao apresentar os sistemas germânico e francês, demonstra a possibilidade de tutela *post mortem* de valores relacionados à dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos morais de autor. A

Por fim, o autor indica **um terceiro modelo**, de origem europeia, que complementaria o segundo, partindo, porém, de outro parâmetro, qual seja, a crescente relevância transnacional da proteção de dados pessoais. O problema da proteção da personalidade na internet apresentar-se-ia basicamente como um problema de controle póstumo sobre os dados pessoais, dispersos em uma multiplicidade de lugares virtuais (RESTA, 2014).

3.3 A PROTEÇÃO AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE *POST MORTEM* NO BRASIL

Antes de adentrar em algumas especificidades concernentes ao sistema pátrio acerca da proteção conferida à personalidade *post mortem*, é essencial partir de uma premissa basilar: a morte extingue a pessoa natural e, portanto, a sua personalidade (art. 6º do Código Civil de 2002).

Todavia, há certos direitos de projeção da personalidade que não se extinguem por completo com o término da vida, conferindo aos herdeiros do falecido, em virtude de contingências circunstanciais, o dever de proteger condutas lesivas à sua imagem, honra, boa fama, ao nome, direitos do corpo (cadáver), direitos morais, dignidade, dentre outros. Ao falecido é conferida uma espécie de “sobrevida” no que

personalidade *online*, portanto, estaria inserida em um contexto de proteção maior, justamente como entendeu o Juízo da Comarca de Mato Grosso do Sul em caso emblemático ainda a ser objeto de apresentação e, no qual, se observou mais a garantia conferida à herdeira necessária da autora da herança do que a escolha discricionária do provedor Facebook, que, como regra, na falta de opção do usuário, transforma a conta em memorial à fórceps. Cabe transcrever a lição, por sua importância, na língua pátria do autor: “Sia nei sistemi di area germanica, sia in quelli di derivazione francese, la tutela postmortale della dignità e della reputazione del defunto costituisce un dato ormai acquisito. Regole legislative assoggettano a sanzione penale la lesione della memoria del defunto (art. 597 del c.p. italiano; § 189 del codice penale tedesco), o disciplinano l'esercizio *post mortem* delle azioni previste a tutela del nome, dell'immagine, della corrispondenza epistolare e delle prerogative morali dell'autore (art. 10 c.c.; artt. 24, 93 e 97 l. d.a.; art. 8, comma 1, d. lgs. 30/2005) (49); regole giurisprudenziali ammettono la perpetuazione oltre la morte della pretesa al rispetto dei valori di dignità e identità della persona, riconoscendo ai prossimi congiunti una legittimazione *iure proprio* (modello francese) o a carattere fiduciario (modello tedesco) (50). Indipendentemente dalle specifiche varianti di disciplina e di configurazione dogmatica (51), il dato rilevante sul piano operativo consiste nella persistenza di forme di tutela civile a carattere inibitorio e risarcitorio oltre il momento della morte (52). Ciò implica che, anche nelle ipotesi di violazione della personalità *online*, una determinata cerchia di persone sia titolare di una serie di prerogative a carattere interdittivo o sanzionatorio, le quali sono destinate a integrare o, a seconda dei casi, a modificare i meccanismi di gestione dell'identità virtuale stabiliti in via contrattuale. Una chiara esemplificazione di tale fenomeno è offerta dal caso brasiliano descritto *sub b*): proprio grazie all'apparato rimediabile posto a presidio della dignità del defunto è stato possibile ottenere un provvedimento d'urgenza finalizzato a ottenere la rimozione del profilo *Facebook*, reso ‘commemorativo’ per scelta discrezionale del *provider* (53)” (RESTA, 2014).

tange à preservação de sua memória no mundo real (arts. 11, 12 e 20 do Código Civil de 2002).

A existência da pessoa natural, que, de fato, termina com a morte,¹⁰³ não altera, portanto, a perpetuação da externalização de alguns aspectos de sua personalidade. O óbito em si não aniquila todos os direitos de personalidade do sujeito de direito, cuja proteção e tutela podem se dar de modo preventivo ou repressivo.

Na antiguidade clássica, *persona* significava máscara, utilizada por atores, os quais, em seus espetáculos, buscavam tornar suas vozes ainda mais fortes, o que deu origem à palavra “personagem”, “e como na vida real os indivíduos desempenham papéis, à semelhança dos atores no palco, o termo passou a significar o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas” (AMARAL, 2003, p. 219).

Conforme explica o professor português Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa, sob a ótica portuguesa, cuja lógica também se aplica à brasileira,

com a morte de uma pessoa física cessa, pelo menos neste mundo, a sua actividade característica e extingue-se, nos termos do n. 1 do art. 68. Do Código Civil, a sua personalidade jurídica, ou seja, a sua aptidão para ser sujeito de relações jurídicas”. Porém, “isso não impede, desde logo, que haja bens da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos(SOUSA, 1995, p. 188-189).

A lei portuguesa fixa uma espécie de permanência geral dos direitos de personalidade do falecido ao dispor, em seu art. 71, n.1, do Código Civil, que “os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respetivo titular”.¹⁰⁴

Rabindranath prossegue, estabelecendo importantíssima consideração de que os direitos de personalidade das pessoas falecidas dizem respeito àqueles delas propriamente ditas quando vivas, ou seja, seus “instintos, impulsos e aspirações concretas

103 “Quest’ultima prospettiva di indagine, che ha peraltro sollecitato l’attenzione degli studiosi specie statunitensi, affiora dalla realtà quotidiana e da alcuni casi giurisprudenziali venuti alla ribalta delle cronache e può essere raffigurata in questi termini: qual è la sorte, per il tempo in cui la persona avrà cessato di vivere, dell’account di posta elettronica e della corrispondenza digitale intrattenuta dal titolare o di quello su un cloud e dei file che vi sono stati conservati, dei profili sui social network e delle foto, video, dati e informazioni personali caricati sulle pagine web gestite dai provider che forniscono questi servizi, dell’account attraverso cui viene svolta un’attività di e-commerce, dei conti online di pagamento e dei fondi monetari che vi si trovano depositati, delle app e dei software scaricati dagli utenti e dei contenuti digitali che vi sono stati riversati, dei «punti» virtuali raccolti da clienti «fedeli» a un determinato servizio digitale e via discorrendo” (MARINO, 2018, p. 168).

104 Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em 30 ago. 2021.

de sobrevivência, de continuação de si mesmo e de ultrapassagem da morte” (como se isso fosse possível de fato) (SOUSA, 1995). Por óbvio, tais direitos não se confundem com aqueles às pessoas atribuídos por lei para exercê-los no lugar do morto.

No Brasil, o professor das Arcadas, Carlos Alberto Bittar, em sua obra clássica “Os Direitos da Personalidade”, apresenta a situação desses direitos com o advento da morte, lição que merece integral transcrição por sua atualidade e importância histórica:

Outrossim, de modo geral, os direitos da personalidade terminam, como os demais direitos subjetivos, com a morte do titular, exaurindo-se assim com a exalação do último sopro vital (em consonância, aliás, com o princípio *mor omnia solvit*). Mas isso não ocorre com alguns direitos dessa categoria, como os direitos ao corpo, ou à parte do corpo, à imagem, e o direito moral de autor, em que subsistem efeitos *post mortem* (certos direitos de personalidade, como os ao corpo, à parte, à imagem) ou, mesmo, *ad aeternum*, com tutela específica (como o direito moral de autor, em que a lei prevê a defesa, pelo Estado, depois de caída em domínio público, da integridade e da genuinidade da obra: Lei n. 9.610/98, art. 24, § 2º), ou ainda sem medida específica de defesa (como o direito à honra). Esses direitos são, ademais, sob certos aspectos, transmissíveis por sucessão *mortis causa*, cabendo aos herdeiros, ou ao conjunte sobrevivente, ou a ambos, conforme o caso, promover a sua defesa contra terceiros. Assim ocorre com os citados direitos morais de autor (art. 24, § 1º) e com outros direitos da personalidade, quanto à autorização para uso altruístico (como os direitos ao corpo, a partes e a órgãos), agindo, pois, os herdeiros, em todos esses casos, por direito próprio (BITTAR, 2015, p. 44-45).

Normalmente, ninguém quer ser esquecido rapidamente por amigos, familiares ou colegas de trabalho. De fato, “a vida humana, qualquer que seja a sua origem, apresenta-se-nos, antes de mais, como um fluxo de projecção colectiva, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmitente dessa energia vital global” (SOUSA, 1995, p. 203).

A discussão do presente estudo é justamente a possibilidade de prolongamento ou projecção da personalidade após a morte e até que ponto a realidade digital a alterou. Não se pode negar que a produção de dados é tamanha que é possível acreditar que a condição de pessoa “não é mais apenas uma equação de corpo mais mente,

e precisa incorporar também o ser digital”,¹⁰⁵ cuja personalidade virtual caminha paralelamente à apresentada ao mundo analógico.

3.3.1 A personalidade *post mortem* na jurisprudência e na doutrina brasileiras

O Superior Tribunal de Justiça possui um compêndio de entendimentos consagrados, denominado “pesquisa pronta”, acerca dos direitos de personalidade, destacando-se os seguintes, no que interessa ao trabalho:¹⁰⁶

1) [O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral \(Enunciado n. 4 da I Jornada de Direito Civil do CJF\).](#)

Ora, é da natureza dos Direitos de Personalidade a sua indisponibilidade plena. O sujeito de direito tem, todavia, a faculdade de limitá-los voluntariamente, desde que tal disposição não seja absoluta.

2) [A pretensão de reconhecimento de ofensa a direito da personalidade é imprescritível.](#)

Desse modo, os direitos de personalidade não ficam à mercê do tempo. Em outras palavras, tais direitos não se extinguem pelo mero não uso ou pelo decurso da vida. É uma das exceções conhecidas à regra de prescribibilidade dos direitos em geral.

105 “A cada minuto, as pessoas realizam mais de 3,8 milhões de buscas no Google, enviam mais de 188 milhões de e-mails e operam a tela do Tinder 1,4 milhão de vezes, e tudo isso é acompanhado por diversas formas de vigilância digital. Ao morrerem, deixamos para trás cadáveres informacionais, compostos de e-mails, mensagens de texto, perfis de mídia social, listas de buscas e registros de nosso comportamento de consumo online. Carl Ohman, especialista em ética digital, disse que isso representa uma grande mudança sociológica: por séculos, só os ricos e famosos eram documentados extensamente. Em um estudo, Ohman calculou que 4,9 bilhões de usuários do Facebook morreriam até o final do século – presumindo que a existência da empresa se estenda até lá. Esse número representa desafios no plano pessoal e no plano social. Ohman disse que ‘não é só questão de o que fazer com o perfil de seu pai no Facebook depois que ele morrer, mas a questão de o que fazer com os perfis de Facebook de toda uma geração passada’. Os dados agregados dos mortos na mídia social representam um arquivo de valor humanitário significativo – um recurso histórico primário diferente do que qualquer geração precedente tenha deixado. Ohman acredita que esse legado precise ser tratado como importante”. Disponível em: https://f5.folha.uol.com.br/cinema-e-series/2021/08/reencarnacao-digital-de-famosos-levanta-duvida-sobre-dados-dos-mortos.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa Acesso em 7 ago. 2021.

106 Disponível em: https://intranet.stj.jus.br/SCON/pesquisa_pronta/toc.jsp Acesso em 30 ago. 2021.

3) A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade.

Quando a imprensa abusar do seu direito de expressão e manifestação livre de pensamento e, eventualmente, atentar contra os direitos da personalidade de um indivíduo (honra e imagem), extrapolando o interesse público vinculado ao direito de informar e criticar, poderá vir a responder civilmente pela falta de dever de cuidado com tais valores. Não se admite a vulneração da intimidade e da vida privada sem o devido lastro e conexão com a informação.

4) Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais (Súmula n. 403/STJ).

5) Em caso de uso indevido do nome da pessoa com intuito comercial, o dano moral é *in re ipsa*.

6) A publicidade que divulgar, sem autorização, qualidades inerentes a determinada pessoa, ainda que sem mencionar seu nome, mas sendo capaz de possível identificá-la, constitui violação a direito da personalidade (Enunciado n. 278 da IV Jornada de Direito Civil do CJF).

A exploração econômica de imagem não autorizada pelo sujeito de direito gera o dever de indenizar, ainda que a publicação não tenha conotação ofensiva ou vexatória. É dizer: a mera utilização da imagem sem autorização da pessoa já configura uma violação a seu direito de personalidade, porquanto um dano presumido.

Como se observa, é dispensável vindicar a apresentação da prova inequívoca da má-fé da publicação (*actual malice*). A ofensa se dá *in re ipsa* no caso de violação à honra, ao nome ou à imagem do titular do direito que não tenha autorizado tal uso. O mesmo raciocínio se aplica quando o uso da imagem envolva menores de idade e seus responsáveis não tenham dado o aval para tanto.

7) O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de personalidade do grupo ou da coletividade como realidade massificada, não sendo necessária a demonstração da dor, da repulsa, da indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.

Pode-se falar em dano moral coletivo quando o resultado da lesão à esfera extrapatrimonial de comunidade específica agrida os valores éticos e fundamentais de toda a sociedade, causando aversão por toda a coletividade, que não tolera a conduta danosa, independentemente do número de pessoas com direitos à personalidade concretamente violados.

A título de exemplo, válido mencionar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, uma vez comprovada a existência de reiterado desrespeito às “regras proibitivas de tráfego de veículos com excesso de peso, os danos materiais impostos à malha asfáltica e os danos morais impingidos à coletividade são notórios e dispensam comprovação específica” (AgInt no REsp 1862869/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/08/2021, DJe 18/08/2021).

8) A voz humana encontra proteção nos direitos da personalidade, seja como direito autônomo ou como parte integrante do direito à imagem ou do direito à identidade pessoal.

Tal entendimento se extrai do julgamento do REsp 1630851/SP, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (DJe 22.6.2017), em que se identificou a gravação de voz humana como corolário dos direitos de personalidade e não de direitos conexos aos direitos autorais (Lei n. 9.610/1998), ramo que somente seria aplicável no caso de execução de obra artística ou literária, ou de expressão do folclore.

Acrescente-se ainda o seguinte rol de enunciados das Jornadas de Direito Civil organizadas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF):

9) Enunciado n. 5: “1) As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) **as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regrar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas.** Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12”.¹⁰⁷ (grifo nosso)

107 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/651>. Acesso em: 10 set. 2021.

10) Enunciado n. 274: “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”.¹⁰⁸

11) Enunciado n. 275: “O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro”.¹⁰⁹

Eis o teor dos dispositivos supramencionados:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

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

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

Desse modo, a proteção da projeção da personalidade de pessoas falecidas é dever de seus herdeiros necessários, aos quais incumbe minimizar as eventuais lesões à dignidade de quem já não pode se defender. Eventuais colisões de direitos, como ocorre em circunstâncias em que o interesse público se sobrepõe à esfera da privacidade e intimidade da pessoa do morto, devem ser objeto de ponderação.¹¹⁰

108 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 10 set. 2021.

109 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/220>. Acesso em: 10 set. 2021.

110 A propósito, confira-se julgado do STF que consagrou a desnecessidade de autorização para a publicação de biografias cujo valor coletivo se sobrepõe ao individual. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 26 out. 2021.

Portanto, não nos parece que o intérprete esteja completamente alijado da aplicação em suas atividades julgadoras para enfrentar as relações cibernéticas a partir do uso da analogia com base no sistema.

O ordenamento possui regras aplicáveis a eventos de sucessão no que tange ao mundo analógico, no qual idênticos conteúdos sempre existiram (cartas de amor,¹¹¹ fotografias reveladas, rolos de filmes transmitidos em salas de cinema). Ora, em última análise, é a expressão desses mesmos direitos e interesses pessoais do falecido de que se está a tratar.

A discussão perpassa pela noção de identidade pessoal, agora “postada” dentro de teias inter-relacionais que permitem, inclusive, sua multiplicidade, o que não facilita a sua identificação,¹¹² especialmente quanto à exploração de dados sensíveis. Porém, tal circunstância não impede que ela seja visualizada, a cada externalização da pessoa na rede, pois “o que se ‘é’ equivale a um conjunto de informações pessoais inteligíveis e mediadas pela linguagem” (BOLESINA, 2017, p. 128).

Esse é um dos núcleos da temática que ora se aborda: a existência de uma identidade digital, expressando uma personalidade notoriamente individual e eletiva e, tantas vezes, dissociada do mundo analógico, da realidade cotidiana e da noção de temporalidade.¹¹³ Não se pode negar que as experiências virtuais – por vezes síncronas – refletem vivências experimentadas, as quais nem sempre estão atualizadas ou condizem com a realidade, já que a escolha da autoimagem fica à critério do usuário.¹¹⁴

111 Confira-se o filme “A Última Carta de Amor” na plataforma Netflix.

112 “Primo passaggio della sequenza di metodo indicata consiste nella identificazione degli interessi individuali che si condensano e sviluppano nella realtà digitale: i quali sovente illustrano una immediata e preminente ricaduta economica, ma che, altrettanto frequentemente, si colorano di una tinta essenzialmente personale, familiare, affettiva o sociale” (MARINO, 2018, p. 175).

113 “Quest’ultima prospettiva di indagine, che ha peraltro sollecitato l’attenzione degli studiosi specie statunitensi, affiora dalla realtà quotidiana e da alcuni casi giurisprudenziali venuti alla ribalta delle cronache e può essere raffigurata in questi termini: qual è la sorte, per il tempo in cui la persona avrà cessato di vivere, dell’account di posta elettronica e della corrispondenza digitale intrattenuta dal titolare o di quello su un cloud e dei file che vi sono stati conservati, dei profili sui social network e delle foto, video, dati e informazioni personali caricati sulle pagine web gestite dai provider che forniscono questi servizi, dell’account attraverso cui viene svolta un’attività di e-commerce, dei conti online di pagamento e dei fondi monetari che vi si trovano depositati, delle app e dei software scaricati dagli utenti e dei contenuti digitali che vi sono stati riversati, dei «punti» virtuali raccolti da clienti «fedeli» a un determinato servizio digitale e via discorrendo” (MARINO, 2018, p. 168).

114 Em um mundo ainda muito preconceituoso e, por vezes, perverso com a diversidade racial, sexual, idade, gênero e de habilidades mentais ou físicas, como no caso das pessoas com alguma deficiência, não é raro se esconder atrás do anonimato ou de uma imagem dispar daquela correspondente à realidade para angariar seguidores, receber afeto, fazer amigos ou, simplesmente, ser aceito em sociedade. Tal observação, de cunho meramente pessoal, poderia ser explorada em outro momento, por se conectar à antropologia,

As identidades virtuais e reais coexistem na rede, se misturam permanentemente, e nem sempre são passíveis de subdivisão. Acerca da dificuldade de se identificar, por vezes, o que é de fato público ou privado já foi objeto de análise:

No âmbito das práticas cotidianas do ver e do ser visto, a proliferação de reality shows na televisão (no fim dos anos 1990 e início dos anos 2000) e de práticas de exposição e narrativa do eu na Internet nos levaram a interrogar as topologias que aí se redesenhavam: do público e do privado; da intimidade e da sociabilidade; da interioridade e da exterioridade. Neste mesmo âmbito, a integração de câmeras de fotografia e vídeo a dispositivos móveis de comunicação (telefones celulares, laptops, palmtops), associada à profusão de plataformas digitais de compartilhamento de conteúdo audiovisual, tornou possível uma ampla circulação de imagens de toda ordem, produzidas por uma multidão diversificada de indivíduos nos contextos e nas condições mais distintas. Uma série de questões de ordem estética, política e social endereçam-se às dinâmicas de produção e circulação dessas imagens, marcadas por ambiguidades que embaralham circuitos do voyeurismo, do ativismo, da vigilância, do jornalismo, do amadorismo, da autoria etc. (BRUNO, 2013, p. 7-8).

Assim, o autor da herança (pessoa natural) pode ser entendido sob diversos contextos. Seus direitos recaem tanto sobre si mesmo quanto sobre as suas conexões ou projeções sociais, familiares, comunitárias ou até de nação (BITTAR, 2015, p. 65). Não por outro motivo Bittar já anunciava que:

sociologia, psicologia e à ética. No ciberespaço, é possível desfrutar de experiências mais leves, amenas e, muitas vezes, até sinceras ou, ao contrário, emancipar todos os seus usuários para reproduzir o ódio e o desrespeito pelo próximo, como acontece em situações imorais e ilícitas, tais como, por exemplo, nos casos de *revenge porn*. O enfoque conferido à mídia social pode ter caráter positivo ou negativo a depender do ponto de vista e de quem o usuário quiser parecer ser. Sobre o ponto, válido ainda mencionar lição de Iuri Bolesina (2017, p. 255): “as potencialidades e possibilidades do virtual, no que diz respeito à identidade e à intimidade, são canais de enriquecimento de ambas, sem que isso signifique desconsiderar os perigos sempre presentes em tal contexto. As inter-relações entre identidade, intimidade e ciberespaço ficam expostas quando se observa que a partir do virtual e das tecnologias que por aí passam (sobretudo as mídias sociais) transformam não apenas a identidade pessoal, como também outras noções como a ideia de intimidade (ou de privacidade em sentido mais amplo) e de sociabilidade. Tome-se o exemplo do anonimato (ou da utilização de pseudônimos). É a partir do anonimato ou da dissimulação que, às vezes, se pode assumir e /ou experimentar traços identitários (sexualidade, idade, gostos em geral, etc.) que não seriam assumidos fora do ciberespaço ou mesmo que não equivalem ao estado presente da identidade. Por vezes a máscara não esconde, mas revela. Não se trata da leviandade do engodo ao outro, mas sim, da construção da própria personalidade a partir de experiências que somente o ciberespaço proporciona.

a ascensão à era da tecnologia e da informação – alcançada graças ao extraordinário avanço das técnicas de comunicação –, se, de um lado, vem contribuindo para o desenvolvimento geral da civilização, tem, de outro, imposto inúmeros sacrifícios aos interesses das pessoas, pelas constantes invasões à privacidade e pelo devassamento de dados particulares, pelos diferentes sistemas de registro e de informação postos à disposição do mundo negocial. A internet, as redes sociais e o uso da informação digitalizada são bons exemplos (BITTAR, 2015, p. 82)

Portanto, é possível, por meio de uma operação interpretativa das regras referentes à sucessão já existentes, apreciar a sucessão digital. Ressalte-se, por sua vez, que determinados conteúdos, correspondências ou bens pessoais porventura existentes no mundo analógico têm tanto ou mais valor do que os digitais, a depender do caso. Em última análise expressam, tanto quanto, direitos e interesses pessoais do falecido.

Como destaca Giuseppe Marino (2018, p. 175), há interesses individuais que se condensam e se desenvolvem na realidade digital com viés econômico imediato e preeminente, mas que, com a mesma frequência, recebem um “colorido” de caráter essencialmente pessoal, familiar, emocional ou social. Em outras palavras, as relações nessas novas plataformas envolvem tantas interconexões simbióticas que se torna complexo classificá-las a partir de um único enfoque.

Por isso, o autor acredita existir um *proprium* do mundo digital, cuja natureza seria proteiforme ante a tendência de se misturar os aspectos de vida pessoal, afetiva, social e do indivíduo em si, tudo dentro da possibilidade de aproveitamento econômico e comercial desse perfil.¹¹⁵

Registre-se que o rol dos direitos da personalidade não é taxativo porque muitos ainda hão por vir “a ser detectados, com a evolução do pensamento jurídico, em sua constante luta para manter sob controle o avanço das técnicas, em razão da defesa dos valores fundamentais da estrutura humana” (BITTAR, 2015, p. 116).

115 “Ciò che, tuttavia, sembra essere il *proprium* del mondo digitale è la natura *proteiforme* degli interessi che vi si dipanano, rispetto ai quali la sfera personale e quella patrimoniale appaiono avvinte indissolubilmente. Nella pubblica piazza virtuale si coglie chiaramente la tendenza a veder mescolata la divulgazione di aspetti della vita personale, affettiva e sociale dell’individuo con la suscettibilità di uno sfruttamento economico e commerciale degli stessi. Questi dati eminentemente personali possono tramutarsi in fonti di ricchezza per il soggetto titolare: si pensi, a titolo di esemplificazioni, alla proliferazione dell’*upload* sulle comunità e piattaforme virtuali di dati, foto, video o di *post* che possono ritrarre situazioni, opinioni, momenti anche molto intimi della vita della persona, la cui popolarità può dar luogo a un massivo sfruttamento economico, ad esempio attraverso i ritorni pubblicitari” (MARINO, 2018, p. 176).

3.3.2 A prestação de serviços *online*: sucessão de meras posições contratuais

A compreensão de como deve ocorrer a sucessão digital dos dados do falecido depende de uma condição peculiar: saber qual a condição a que se submete o conteúdo sob a posse dos ditos “gigantes” da rede, com os quais os usuários celebraram contratos em vida. Tais contratos retratam a prestação de serviços ao usuário. Ora, o serviço é oneroso e remunerado com a licença conferida para o uso de dados pessoais dos usuários.

A prestação em si nos contratos digitais ocorre de forma indistinta tecnicamente a todos os seus usuários e, portanto, não é personalíssima. O contrato de uso das plataformas digitais é bilateral, atípico (uma espécie de aluguel no espaço da plataforma), é remunerado com a comercialização dos dados pessoais (o produto é o usuário em si), ou seja, é oneroso, sinalagmático (a pessoa só usa a plataforma se autorizar o uso de seus dados) e, por fim, é de adesão.¹¹⁶ Enquanto contrato eminentemente obrigacional, é, naturalmente, transmitido para os herdeiros, como qualquer outro.

A princípio, independentemente do serviço prestado *online*, a inclusão de uma cláusula contratual que possibilitasse ao usuário indicar um “herdeiro”,¹¹⁷ de sua livre e consciente escolha (autodeterminação informativa)¹¹⁸, para assumir seus perfis digitais já seria o início de uma solução para o problema da herança digital, cuja lógica admite essa informalidade com relação aos mecanismos testamentários.

116 Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=86c40hRG-AM&t=3936s>. Acesso em: 22 set. 2021.

117“Soffermandosi su quest’ultima ipotesi, risulta fondamentale l’inquadramento del ruolo svolto da quest’ultimo soggetto nominato dal *de cuius*: il quale tanto **più si approssimerà alla figura dell’esecutore testamentario quanto più l’atto di ultima volontà del *de cuius* ne definisca in modo puntuale contenuti e limiti dei poteri da esercitare; e, viceversa, se ne distaccherà quanto più ampi e discrezionali siano i compiti a lui attribuiti, finendo per rassomigliare piuttosto alla figura di un amministratore *fiduciario del patrimonio digitale e dell’identità virtuale del defunto*** (MARINO, 2018, p. 191-192).

118 O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a inconstitucionalidade da MP 954/2020, que, em seu art. 2º, impunha às empresas de telefonia fixa e móvel o compartilhamento, com o IBGE, da relação de nomes, números de telefone e endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, reconheceu a violação dos princípios constitucionais que garantem a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, o sigilo dos dados e a **autodeterminação informativa**. Disponível em: https://www.buscadordireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/1d0832c4969f6a4cc8e8a8fffe083efb?p_alavra-chave=6387&critério-pesquisa=e. Acesso em: 21 set. 2021.

Os contratos digitais, no entanto, vêm gradativamente minando o sistema de sucessão clássico, ao vedar e controlar a vocação sucessória dos bens digitais. Diante da manifesta exploração de dados digitais, cujo volume é avassalador, fica, no mínimo, estranha a postura das grandes empresas no que se refere à sucessão *post mortem* dos ativos digitais (BANTA, 2014, p. 804).

Assim, o que se tenta demonstrar é que não apenas os direitos sucessórios, mas a própria ordem de vocação hereditária encontra-se em risco, porquanto renegadas pelos contratos ofertados pelas plataformas que, ao fim e ao cabo, usurpam o direito do Estado de criar regras próprias em seu lugar, o que é inaceitável e afronta normas imperativas.

A era digital transformou a forma de criação e armazenamento de informações pessoais. Caso prevaleçam as tendências atuais de negativa de transmissão destas com o advento morte, boa parte dos ativos digitais passarão a ser gerenciados inadequadamente por empresas que estão se autorregulando como bem entendem. É claro que tal postura não visa à proteção da privacidade dos usuários, mas sim evitar litígios, reduzir gastos e responsabilidades.

A postura do herdeiro perante a relação pós-contratual decorrente da morte junto às plataformas digitais deveria ser, portanto, obrigatória tanto no início da relação como nas hipóteses de contas já abertas. A ordem da vocação hereditária legal poderia ser excepcionada pelo usuário, que escolheria seu “gestor de conta”, por versar, indubitavelmente, uma sucessão anômala ou qualificada. Obviamente, diante de todas as dificuldades de avaliação do conteúdo digital, problemática que não é o objeto deste estudo, a liberdade do usuário não seria cingida à legítima, porquanto plena.¹¹⁹

Na hipótese de omissão do usuário em indicar um herdeiro distinto, o sistema sucessório nacional incide imediatamente, ou seja, ocorre a plena transmissibilidade dos bens digitais, que é a regra geral.

119 A questão não é simples – justamente quando se tem presente a heterogeneidade de dos bens digitais. Como destaca Giorgio Resta (2014, p. 904-905): “L’interrogativo non è privo di difficoltà, se soltanto si considera che i suddetti beni hanno natura eterogenea — un primo inventario dovrebbe annoverare almeno i profili dei *social network*, le *email*, i *tweet*, le banche di dati, i *file* di testo, immagini, musica e audio, gli *account* aperti sui siti commerciali come *eBay* e *Amazon*, le poste conseguite nell’ambito dei giochi virtuali, immagini ed icone personali utilizzate nell’ambito di piattaforme come *Second Life* (68) — e possono costituire il termine di riferimento di una pluralità di situazioni giuridiche (69). Converterà quindi comporre una prima tassonomia”. (grifo do autor)

Nesse contexto, os termos de uso das plataformas de internet também se submetem à boa-fé objetiva e às normas de ordem pública do ordenamento pátrio. Com isso, “permite-se a declaração de nulidade das cláusulas do contrato de adesão que impeçam a transmissão da conta aos herdeiros e que esvaziem princípios basilares do direito sucessório, frustrando o fim último do contrato” (MENDES; FRITZ, 2019, p. 206).

Entender de modo diverso é assumir que os dados digitais ficariam à mercê e sob a propriedade das próprias plataformas, o que parece inconcebível. Uma vida inteira contratual não pode ser entregue ao poder das empresas digitais, pois o fato de o serviço prestado pelo provedor de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, constante do art. 3º, § 2º, do CDC, cuja interpretação deve ser a mais ampla possível.¹²⁰

A preocupação perpassa pelo regime de fornecimento de produtos e serviços de um novo mercado de consumo. Não por um acaso, Cláudia Lima Marques, desde 2000, vem propondo uma teoria geral dos serviços, em virtude dos “novos modelos econômicos e contratuais do mundo digital”.

Aliás, a regulação dos serviços, dados e outros bens “imateriais” é objeto da preocupação do legislador positivo nos Projetos de Lei n. **1805/2021**, do Senado Federal, e n. **3514/2015**, ainda na Câmara dos Deputados, os quais visam atualizar o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8,078/1990), “justamente face ao mundo digital e a massificação dos serviços” (MARQUES *et al*, 2021).

A professora explica a sua antiga preocupação com esse novo consumo massificado característico do mundo digital, cujo crescimento “avassalador” justifica a atualização da sua “teoria geral dos serviços”, a partir da base principiológica calcada no CDC, como se afere da seguinte lição:

120 REsp 1316921/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012).

Revisitar é constatar a importância contínua dos serviços *off-line* (no mundo físico, como transporte, saúde, segurança, educação, telefonia e comunicação, energia e serviços essenciais, turismo, beleza, lazer, espetáculos, TV a cabo, crédito, financiamento etc.)³ e o avanço impressionante dos serviços digitais ou *on-line* (serviços prestados na Internet mesmo, como informação, revistas, jornais, delivered on-line, cloud services, e-mails, social media, com seus influenciadores, blogs, Zoom, Skype, Whatsapp etc.)⁴ e agora dos sistemas combinados “produtocomserviços” (“product-service-system”, PSS), dos serviços inteligentes, da inteligência artificial. A grande novidade da economia circular, em matéria de contratos, é realmente a chamada “servicização”⁵ dos produtos, em que o contrato não visa mais “adquirir” produtos, mas “usar” produtos (da compra e venda se passa a contratos de aluguel, à custódia, ao contrato de licenças por tempo, a permissões de uso, ao transporte eventual, à hospedagem e aos contratos de *short-term-rental*, *sharing transferable rights*,⁶ *time-sharing* etc.), contratos típicos desta nova *sharing economy* ou a “economia das plataformas”.⁷ Destaque-se também que alguns bens, conteúdos ou produtos imateriais, em tempos digitais, passam a ser “acessados” por *streaming*, no chamado comércio eletrônico de “conteúdos digitais” (e-books, músicas “downloadable”, filmes, games e aplicativos-apps etc.)⁸ e o *streaming* não deixa de ser um serviço remunerado mês a mês ou por uso eventual no tempo.⁹ (MARQUES *et al*, 2021).

E prossegue a autora quanto às mudanças dos paradigmas da era digital, que exige um “renascimento do princípio da confiança”, em um novo tipo de consumo, que **são os “fazeres” globalizados, dos serviços clássicos, aos produtos imateriais e inteligentes, os “serviços digitais”, aos dados dos consumidores.** (MARQUES *et al*, 2021, grifo nosso)

Confira-se a Diretiva Europeia 2019/770, de 20 de maio de 2019, sobre certos aspectos relativos aos contratos de fornecimento de conteúdos e serviços digitais e suas definições, já que, como pontuam MARQUES *et al*, 2021, “o mundo digital está povoado de serviços, nem que sejam os serviços de acesso, locação e intermediação, o *streaming* e os produtos com serviços combinados” e que não estão alheios à fidelidade, à confiança e à cooperação nas relações contratuais entre as partes.

Por fim, anote-se que a eficácia da MP 954/2020, que autorizava o compartilhamento de dados de consumidores de telefonia com o IBGE, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal,¹²¹ que acabou reconhecendo a existência de um direito fundamental à autodeterminação informativa e à proteção de dados, ressaltando a

121 Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358567>. Acesso em: 17 out. 2021.

importância do avassalador montante de dados em uma economia que desafia uma urgente regulação e a cidadania em um mundo digital de consumo onipresente como uma verdadeira medusa (MARQUES *et al*, 2021).

3.3.3 Privacidade e autonomia da vontade do sujeito de direito

Sob essa perspectiva, a liberdade remanesce preservada:¹²² os dados coletados pelas inúmeras plataformas digitais terão o destino que o consumidor quiser, com a preservação dos interesses de terceiros, que deverão ter ciência das opções realizadas em vida pelo usuário. Afinal, também no mundo analógico é assim: o que se expressa em vida não se apaga com a morte. O controle acerca das informações é de todos – sem exceção.

Nessa toada, cita-se o Enunciado n. 404 das Jornadas de Direito Civil organizadas pelo Conselho da Justiça Federal:

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 políticas.¹²³

Assegurar a herança digital não significa ameaçar a privacidade do usuário da rede, mas sim protegê-la. O autor da herança tem o direito de publicar ou não o conteúdo digital que lhe disser direito. Sua memória poderá ou não ser preservada. E terceiros nela envolvidos deverão admitir que segredos dependem do silêncio para não serem espalhados, tal como ocorre no mundo analógico. Eventuais abusos no uso desse arsenal de dados poderá, indubitavelmente, ser controlado pelo Poder Judiciário,¹²⁴ seja em vida, seja após a morte do usuário (art. 5º, inc. XXXV, da CF/1988).

122 Vejam-se os arts. 2º, 3º e 7º da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet).

123 Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/208>. Acesso em: 11 set. 2021.

124 Importante precedente da lavra da Ministra Nancy Andrighi foi firmado pelo STJ no REsp n. 1.903.273, como se extrai da notícia que se transcreve: “A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que a divulgação pública de conversas pelo aplicativo WhatsApp sem autorização de todos os interlocutores é ato ilícito e pode resultar em responsabilização civil por eventuais danos, salvo quando a exposição das mensagens tiver o propósito de resguardar um direito próprio de seu receptor. Para o colegiado, assim como as conversas por telefone, aquelas travadas pelo aplicativo de mensagens são resguardadas pelo sigilo das comunicações, de forma que a divulgação do conteúdo para terceiros depende do consentimento dos participantes ou de autorização judicial. “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

As conversas restritas ao âmbito privado não podem ser utilizadas em prejuízo de terceiros: a expectativa de sigilo do emissor inegavelmente deve ser assegurada, por isso é indispensável que este conheça a opção do usuário quanto à exposição das mensagens digitais trocadas em vida, o que poderá ser feito por alteração nos termos de uso das plataformas.

Todavia, deve-se chamar a atenção para a circunstância de que a responsabilidade pelas manifestações é de todos e que eventuais conflitos entre a privacidade e a liberdade de informação desafiarão um juízo de ponderação cada dia maior do Judiciário. Familiares que eventualmente violem a intimidade do morto ou de terceiros deverão ser punidos – em relação a isso não se hesita.

Essa é a lógica inegociável do sistema.

3.3.4 A refutável alegação de violação dos direitos de terceiros interlocutores

Quanto à reiterada alegação de que os direitos de personalidade de terceiros interlocutores com o usuário falecido estariam sendo vilipendiados pela sucessão integral, por lhes violar a privacidade ou o direito ao segredo, é importante tecer algumas considerações:

1) A premissa é de que os usuários em todas as plataformas em que interaja com interlocutores têm o dever de escolher, de modo categórico e público, a forma de sucessão daquelas informações constantes na rede, o que também seria de conhecimento de todos os envolvidos nessas relações. Assim, como a ninguém é dado o direito de abusar do seu direito, eventual ato ilícito que provocasse prejuízos a terceiros ensejaria ressarcimento, como se pode aferir dos arts. 186 e 187 do Código Civil brasileiro de 2002.

2) Diante da autonomia da vontade e da autodeterminação informativa, o sujeito pode dar destino a quaisquer de seus bens, independentemente da natureza, por meio da herança. Isso porque a premissa de não abusar desse direito já se afere do próprio Código Civil, como acima mencionado.

divulgação se configurado o dano", afirmou a relatora do processo, ministra Nancy Andrichi".
Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/02092021-Divulgacao-de-mensagens-do-WhatsApp-sem-autorizacao-pode-gerar-obrigacao-de-indenizar-.aspx>.
Acesso em: 11 set. 2021.

3) Em relação a terceiros que se relacionaram com o autor da herança, é importante enfatizar que seus dados estão protegidos sob a égide da Lei de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. 13.709/2008) e, de fato, sua divulgação não pode ter o condão de violar os seus direitos, inclusive morais. Nem tudo convém ser exposto, e eventual violação ao direito de privacidade¹²⁵ será objeto de responsabilização civil, como já alertado.

No meio dessa proteção, não se pode olvidar da imprescindibilidade de proteção de dados confidenciais de terceiros, os quais muitas vezes estão aparentemente ocultos nas plataformas, mas que poderiam ser objeto de sucessão universal à luz do Direito Sucessório brasileiro, na falta de outra manifestação de vontade.

4) A hiperjudicialização brasileira é um fenômeno mundial atípico. A partir desse enfoque, se todos os casos envolvendo herança digital tiverem como nascedouro a análise do teor de termos de uso das plataformas, nem sempre semelhantes, é inegável que esse tipo de imbróglio deverá que ser decidido pelas Cortes de vértices brasileiras, para que se busque, no mínimo, uma padronização de entendimento, por meio da fixação de precedentes (art. 927 do Código de Processo Civil de 2015).

5) Toda e qualquer interlocução – seja no mundo dito “real”, seja no “digital”, deixa seus rastros e, inexoravelmente, um legado.

Parte-se da ideia de que o conteúdo digital é híbrido, por retratar aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais truncados. Assim, entende-se adequado distingui-los quanto ao tratamento sucessório, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que a pessoa se expressa individualmente por opiniões, fotografias ou qualquer outro modo de exteriorização de sua pessoa na rede, também utiliza as plataformas como fonte de renda, escambo, negócios e publicidades rentáveis.

A vida humana é um encadeamento de inúmeros fatos e direitos que certamente não poderiam ser sintetizados em poucas palavras. Ao longo dessa trajetória,

125 Autores existem, ainda, que adotam – a par das divergências de nomenclatura – conceituações diversas, por exemplo, quanto ao direito ao respeito à vida privada (no direito italiano, de segretezza) e ao direito à intimidade (ou de riservatezza), salientando que, enquanto com o primeiro se procura evitar a invasão da esfera privada, com o segundo se busca elidir a divulgação do fato conhecido. Outros, ao revés, já entendem ambas as posições no direito à intimidade.

contudo, nem sempre é tarefa fácil sistematizar os direitos adquiridos pelos sujeitos ao longo da vida, em especial dentro de um espaço cibernético.

O fenômeno, todavia, parece acentuado quando se observa uma verdadeira trama¹²⁶ de relações que não são tratadas de forma uniforme e se confundem por meio de inúmeras cláusulas contratuais (por vezes ininteligíveis aos consumidores hipervulneráveis por natureza) impostas por diversos *players* do mercado, que versam sobre matérias patrimoniais e também extrapatrimoniais, circunstância que clama a atenção dos intérpretes e do legislador positivo, como já antevisto.

Como visto, a preocupação com a sucessão de bens de caráter personalíssimo (ou como parte da doutrina denomina de existencial) ou econômico não é exclusividade do ambiente virtual, afinal também no mundo analógico nem sempre a fronteira entre os bens de conteúdo patrimonial e os bens de conteúdo existencial é nítida.

6) A interconexão dessas inúmeras relações contratuais aderidas em vida na rede representam nítida atividade empresarial das plataformas (cada dia mais consistente). Todavia, o sujeito acredita estar contratando apenas um “serviço” comum, desconhecendo as implicações futuras acerca dos seus direitos personalíssimos no “além da vida”. Esse é o objeto de preocupação do presente trabalho, cuja alma não é apresentar respostas prontas, mas tentar interrogar como a transmissão *causa mortis* do rastro digital deixado em vida pela maioria de nós poderia se dar.

Não se poderia deixar de partir da visão de que os direitos e deveres em jogo nessa nova trajetória de vida internáutica **possuem caráter híbrido**. De fato, a sucessão digital deve partir de novos dogmas por envolver uma **trama de relações não prevista pelo direito clássico**, ainda que dele se possa valer, e muito, para buscar algumas saídas nesse vastíssimo e inovador campo do conhecimento ainda em formação (MARINO, 2018, p. 166).

126 Como salienta Carlos Alberto Bittar: “cumpre anotar que, na prática, não obstante o caráter dos bens envolvidos, é muito comum a interpenetração de figuras, de conceitos e de valores, podendo, em certas situações, detectar-se o alcance de diversos direitos simultaneamente, sem que isso, no entanto, afete a respectiva natureza, como pode ocorrer com a imagem, cujo uso indevido pode vir a atingir a honra da pessoa (como na adulteração de fotografia, de filme, de novela), caso em que será meio para a obtenção do resultado final lesivo (atentado à honra)”. A propósito do tema, confira-se interessante julgado do STJ acerca da reedição não autorizada da novela Pantanal por seu autor e da configuração de danos morais, não obstante o não reconhecimento dos prejuízos materiais: REsp 1558683/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Rel. p/ Acórdão Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2016, DJe 10/10/2016.

Francisco Amaral (2003) vislumbra a existência de dois polos complementares distintos em relação à matéria e ao espírito, **sem contudo considerar de todo possível lhes outorgar um caráter distintivo absoluto, porquanto presentes interesses materiais ou morais, por vezes, imbrincados**. O autor esclarece ser necessário reconhecer a existência de “**interferências e matizes que tornam impossível uma divisão radical e simplista**” da classificação dos direitos em patrimoniais ou extrapatrimoniais, sendo, “talvez melhor aceitar-se a tese dos degraus de patrimonialidade, segundo a qual na relação dos direitos subjetivos com o patrimônio da pessoa existem diversas etapas de crescente patrimonialidade, exigibilidade e transmissibilidade” (AMARAL, 2003, p. 199).

A classificação didática adotada pela legislação nem sempre oferta soluções aprioristicamente acertadas e absolutas em circunstâncias específicas nas quais os direitos objeto de sucessão *causa mortis* versem sobre relações jurídicas mistas, em que aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais possam estar presentes, o que dificulta a adoção de uma solução única e assertiva com relação à transmissibilidade de certos direitos a herdeiros necessários ou testamentários.

Essa realidade é ainda mais complexa diante do contexto digital, que modificou a própria relação social entre as pessoas, não prevista pela legislação tradicional. Dessa forma, a expansão da personalidade com o advento da morte abre discussões acerca da possibilidade de perpetuação ou eternização de relacionamentos exteriorizados em vida, como, por exemplo, em redes sociais ou circunstâncias atípicas, tais como aquelas nas quais, por meio de inteligência artificial, continua-se a agir *online* como se ainda se estivesse no plano físico.

Por isso, defende-se que a divisão da personalidade entre patrimonial e extrapatrimonial não reflete a nova realidade virtual.¹²⁷ A hibridização de ativos pessoais

127 “Per un secondo e ancor più significativo verso, che la diade patrimoniale/non patrimoniale non sia pienamente idonea a governare i meccanismi di circolazione a causa di morte dei diritti è viepiù dimostrato dalla cifra caratterizzante gli interessi e le situazioni giuridiche che si manifestano sulla realtà digitale: vale a dire, l’*ibridazione* del patrimoniale nel personale e del personale nel patrimoniale. Riguardata da una diversa angolazione, l’*ultima Thule* di questa traiettoria evolutiva, descritta anche dai «prototipi» di disciplina di matrice europea dell’*information society*, è segnata dalla *metamorfosi* dei dati personali da oggetto di un diritto fondamentale dell’individuo a fondamentali *assets* delle attività degli operatori economici digitali, a beni negoziabili sul mercato virtuale, a possibile *controprestazione* nei contratti di fornitura di contenuti digitali che non prevedano altro corrispettivo da parte dell’utente, così come espressamente previsto dall’art. 3 della menzionata Proposta di Direttiva europea su alcuni aspetti dei contratti di fornitura di contenuti digitali⁴⁴. Nell’ambito della successione digitale, pertanto, la scissione

e patrimoniais no patrimônio digital é a regra. Há na verdade uma metamorfose entre bens pessoais e mercadológicos do indivíduo, ainda que aparentemente a relação não imponha uma manifesta contraprestação contratual.

No contexto da sucessão digital, cindir a classificação dos bens digitais em patrimoniais e existenciais torna-se artificial e contraproducente, tendo em vista a complexidade das relações nas quais estão inseridos (MARINO, 2018, p. 186-187).

3.3.5 O direitos autorais na legislação brasileira e os reflexos nos bens digitais

Os direitos autorais não passam ilesos à nova realidade “tecnodigital”. Tal expressão, defendida por Sávio de Aguiar Soares (apud ZAMPIER, 2021, p. 75), significa a defesa de reformulação do Direito de Autor quando existirem obras intelectuais digitais que deveriam ser entendidas como “direitos de propriedade tecnodigital”. Com efeito, é indispensável compreender a ideia de propriedade tecnodigital e realizar uma releitura da propriedade autoral no ciberespaço (PEREIRA apud ZAMPIER, 2021, p. 75).

Ora, não se pode desconhecer a criação de atividade intelectual retratada na rede, na forma de vídeos ou fotografias digitais disponibilizadas pelos usuários em plataformas como o Youtube, Flickr, Instagram, Tik Tok e Facebook. Tais bens são inegavelmente intangíveis, mas não são desprovidos de valor patrimonial ou criativo. Sob esse prisma, e a partir da lógica do direito autoral brasileiro, tais bens não estariam alheios à sucessão *post mortem*, porquanto plenamente transmissíveis aos herdeiros ou legatários, conforme se passa a expor.

O conceito de propriedade vem se transmudando por meio dos bens digitais, cujas características são muito diversas daquelas do dito mundo analógico. Assim, quando certas informações são reveladas pelo usuário na rede ou por meio digital, nasce a noção de conteúdo, ou seja, o bem digital, cujo caráter incorpóreo pode ter natureza

concettuale e normativa in senso forte del momento personale da quello patrimoniale si rivela allora artificiosa e controfattuale rispetto a figure complesse nelle quali questi momenti appaiono commisti⁴⁵. Più conducente può essere, in definitiva, un approccio per così dire *integrato* capace di valorizzare e poi ridurre a unità la *polimorfia* dei diritti e dei rapporti che si sviluppano nella realtà digitale, in pari tempo cespiti (anche solo potenziali) del patrimonio ereditario e luoghi virtuali di agglutinamento degli interessi fondamentali della persona” (MARINO, 2018, p. 186-187).

pessoal ou econômica (ZAMPIER, 2021, p. 89). Acrescente-se que essa zona pode se tornar bastante cinzenta em certos casos, motivo pelo qual reputa-se despicienda.

Dentro desse contexto, parte-se do que já existe no sistema jurídico pátrio e que se assemelha, de certa forma, a essa nova categoria de bens. Uma informação que eventualmente se torna um bem digital pode ser, por analogia, comparada àqueles “direitos do espírito”, protegidos pelos direitos autorais, que tratam justamente da propriedade imaterial ou incorpórea do ser.

Destaque-se que uma obra de arte plástica pode ser subdividida em duas categorias, quais sejam: a) material (*corpus mechanicum*), retratada pelo corpo físico desta (tela, mural de grafite,¹²⁸ escultura,¹²⁹ fotografia,¹³⁰ e obra arquitetônica,¹³¹ a título exemplificativo); e b) imaterial (*corpus mysticum*), ou seja, a criação *per se* (MORAES, 2021, p. 463). Nos termos dos arts. 77 e 78 da LDA/1998, há limitações reveladas ao direito de propriedade de obras artísticas, em especial quanto à reprodução daquelas adquiridas pelo proprietário, sempre com intuito de promover os direitos do autor.¹³²

Sem a pretensão de restringir a discussão sobre as inúmeras teorias acerca da natureza jurídica do Direito Autoral, é possível afirmar que, no Brasil, prevalece a do direito pessoal-patrimonial, como salientado por Rodrigo Moraes (2021, p. 58), que considera o referido ramo “como uma nova categoria de direito: bifronte, dúplice, híbrida, mista, formada de dois elementos de natureza diversa: o moral e o patrimonial”. Segundo o autor, o direito moral retrataria um “prolongamento da personalidade do homem criador”, enquanto o patrimonial aquele que o criador teria “de participar dos lucros obtidos pela exploração econômica da obra”. Portanto, o Direito Autoral, à luz da teoria dualista, de origem francesa e adotada no Brasil, teria uma natureza híbrida, tendo em

128 REsp 1746739/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020.

129 REsp 1740265/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 24/08/2018.

130 REsp 1438343/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 22/02/2017.

131 REsp 1562617/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 30/11/2016.

132 “Art. 77. Salvo convenção em contrário, o autor de obra de arte plástica, ao alienar o objeto em que ela se materializa, transmite o direito de expô-la, mas não transmite ao adquirente o direito de reproduzi-la” “Art. 78. A autorização para reproduzir obra de arte plástica, por qualquer processo, deve se fazer por escrito e se presume onerosa”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 7 set. 2021.

vista versar sobre as duas categorias: a moral e a patrimonial, separadas, independentes e inconfundíveis entre si.

Os países adeptos da corrente dualista admitem a temporariedade dos direitos patrimoniais autorais, que, inclusive, um dia caem em domínio público, a partir de quando passam a ter proteção estatal (art. 24, § 2º, da Lei n. 9.610/1998). Porém, consideram perpétuos os direitos morais, pois a paternidade¹³³ de uma obra sob tal prisma tem duração ilimitada no tempo e no espaço, cujo prestígio não se pode renegar (MORAES, 2021, p. 58–59).¹³⁴ Assim como a filiação natural ou por meio da adoção não se desfaz sob o aspecto da personalidade, a criação do espírito, em princípio, também não se esvai com o tempo – como se estivesse consagrada em uma árvore genealógica “autoral” infinita.

Ao refletir acerca da teoria pessoal-patrimonial adotada pela legislação brasileira, Rodrigo Moraes tece algumas considerações que parecem interessantes para a discussão sobre a herança digital:

É verdade que o elemento patrimonial é subordinado a uma autorização prévia do autor, que detém a faculdade de manter a obra inédita. A exploração econômica, portanto, é uma fase posterior, condicionada a uma autorização prévia. O elemento patrimonial decorre do direito moral do autor de não manter sua obra inédita. O ineditismo, que pode ser uma opção do autor, inviabiliza qualquer exploração econômica da obra. Defende-se, aqui, o entendimento de que o elemento moral é predominante em relação ao patrimonial. Os dois coexistem, mas com predominância do primeiro. Enquanto os direitos morais têm luz própria, nascendo com a criação da obra, os patrimoniais surgem a partir de uma comercialização posterior, que pode não ocorrer, caso o autor opte pelo ineditismo. (MORAES, 2021, p. 58).

133 A dita paternidade no direito comparado é a terminologia mais utilizada, como se afere do direito francês – *droit de paternité* –, do italiano – *diritto di paternità* –, do espanhol – *derecho de paternidade* – e do inglês – *right of paternity*. Quanto aos referidos termos, válido mencionar a seguinte lição de Rodrigo Moraes (2021, p. 70-78): “Na tradição jurídica, fala-se em direito à paternidade da obra, e não em direito à maternidade, apesar de serem utilizados, no ato de criação, verbos como ‘parir’, ‘dar à luz’ e ‘gestar’. Por um lado, seja um autor, seja uma autora, ao publicar sua obra, costuma dizer que pariu um filho. Por outro, a expressão direito à paternidade não deixa de refletir uma visão masculina da linguagem: diz-se apenas Direito de Autor, inclusive com referência às excelentes autoras das mais diversas modalidades de obras intelectuais. **Silmara Juny de Abreu Chinellato faz pertinente observação de que ‘o direito de paternidade – assim tradicionalmente denominado – mais fortemente seria compreendido se fosse chamado de direito de maternidade, uma vez que está ligado a gestar e dar à luz a obra’**”. Essa importante lição da professora Silmara Chinellato foi retirada de sua tese de concurso para Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

134 Rodrigo Moraes (2021, p. 58-62), ao explicar a teoria monista, assevera ser “difícil fazer uma delimitação rígida entre direitos morais e patrimoniais. Os partidários dessa concepção, apesar de aceitarem diferenciação entre as duas classes de direitos (morais e patrimoniais), defendem um Direito de Autor único, *sui generis*. (...) Essa corrente é adotada na Alemanha”. Segundo o autor “esse duelo travado entre monismo e dualismo carece de maior importância prática. Afinal, ambas as concepções veem classes distintas de direitos (morais e patrimoniais). A corrente germânica (monista) não nega a existência dos direitos morais”.

O direito de reclamar a autoria e de defender uma obra do “espírito” de qualquer dano passível de ser prejudicial à honra e à reputação do seu criador – cuja criatividade merece plena proteção – também reverbera no Direito Sucessório.

Registra-se interessante julgado da Quarta Turma do STJ que admitiu que o direito de sequência visa proteger o criador intelectual e sua família, permitindo que tanto os autores em vida como seus herdeiros possam usufruir da exploração econômica da obra de arte criada por terceiros (mais-valia), reequilibrando a relação.

A hipótese, que envolveu o espólio do importante artista plástico e pintor Candido Portinari,¹³⁵ bem demonstra como a sucessão *mortis causa* atinge direitos imateriais (REsp 594.526/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 13/04/2009).¹³⁶

135 Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Candido_Portinari. Acesso em: 9 set. 2021.

136 O Direito de sequência (*droit de suite*), reconhecido no acórdão mencionado, corresponde ao pagamento de participação do autor ou seus herdeiros sobre o aumento do preço obtido pela alienação de obras de arte. Nas palavras do voto do relator, o Ministro Luis Felipe Salomão, “o direito de sequência, ou *droit de suite*, consiste no direito do autor da obra original, em caráter irrenunciável e inalienável, de participação na ‘mais-valia’ que advier das vendas subsequentes dos objetos que decorrem de sua criação” (pág. 7 do voto). Esta “mais-valia” havida sobre a alienação aplica-se tanto quando é realizada em vida por um artista (autor da obra) como após a sua morte por um dos seus herdeiros, segundo o *leading case*. O direito está previsto nos arts. 39 e 42 da Lei n. 5.988/1973, em vigor à época dos fatos que deram origem ao litígio apresentado (cujo teor atualmente está contido no art. 38 da Lei n. 9.610/1998). Válido transcrever o seguinte excerto do voto da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão: “O artigo 14 ter do Decreto 75.699/1975 dispõe, em sua parte inicial, que goza do direito de seqüela ‘o autor – ou, depois da sua morte, as pessoas físicas ou jurídicas como tais qualificadas pela legislação nacional’. Logo, o legislador, explicita, na primeira parte, que a expressão ‘autor’, é equiparada às ‘pessoas físicas ou jurídicas como tais qualificadas pela legislação nacional’, após a morte do criador intelectual. Diante disso, quando o legislador se refere novamente à expressão ‘autor’ na parte final do artigo, também o equipara aos herdeiros, ainda que não o especifique expressamente, tendo em vista que a repetição do seu significado é desnecessária. Vejamos: art. 14 ter: 1) Quanto às obras de arte originais e aos manuscritos originais dos escritores e compositores, o AUTOR – ou, depois da sua morte, as pessoas físicas ou jurídicas como tais qualificadas pela legislação nacional – goza de um direito inalienável de ser interessado, nas operações de venda de que a obra for objeto depois da primeira cessão efetuada pelo AUTOR. Sobre a interpretação da lei, Karl Larenz e Vicente Ráo explicam que: ‘Cuál de las múltiples variantes de significado que pueden corresponder a un término según el uso del lenguaje hace al caso cada vez, resulta, por regla general, aunque non siempre con toda exactitud, del contexto en que es usado. La conexión de significado de la ley determina, en primer lugar, que se comprendan de la misma manera las frases y palabras individuales, como también, al contrario, la comprensión de un pasaje del texto es codeterminado por su contenido. Hasta aquí no se trata de otra cosa que de la forma más simple del antes mencionado (en el cap. 1, 3b) ‘círculo hermenéutico’. Una ley consta, como hemos visto anteriormente (cap 2,2), las más da veces, de norma jurídicas incompletas – a saber: aclaratorias, restrictivas y remisivas – que sólo juntamente con otras normas se complementan en una norma jurídica completa o se asocian en una regulación’ (LARENTZ, Karl. Metodología de la Ciencia del

Derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1994. p. 321). Qual das múltiplas variantes de significados podem corresponder a um termo segundo o uso da linguagem feita em cada caso, resulta, em regra geral, ainda que nem sempre em toda exatidão, do contexto em que é usado. A conexão de significado da lei determina, em primeiro lugar, que se compreendam da mesma maneira as frases e palavras individuais; como também, ao contrário, a compreensão de uma passagem do texto é co-determinada por seu conteúdo. Até aqui não se trata de outra coisa que a forma mais simples do antes mencionado ‘círculo hermenéutico’. Uma lei constitui-se, como vimos anteriormente, na maioria das vezes, de normas jurídicas incompletas – a saber:

São inúmeras as discussões acerca de direitos hereditários com relação às obras do espírito humano,¹³⁷ inclusive no que tange ao direito de modificar a obra, antes ou depois de utilizada, que é exclusivo do autor, como se afere da dicção do *caput* e do §1º do art. 24da LDA.¹³⁸ Do mesmo modo, concorda-se que os herdeiros no Brasil estão proibidos de modificar a obra intelectual do autor da herança, devendo, portanto, assegurar a sua integridade, sob o prisma moral.

aclaratórias, restritivas e remissivas – que só juntamente com outras normas se completam ou se associam em uma regulação. (tradução livre). ‘Quando se realiza o diagnóstico do fato considerado em si, procede-se, imediatamente, segundo dissemos, ao exame das palavras usadas pelas partes, a fim de se apurar o sentido da relação, segundo a linguagem comum; e, assim, também, se deve proceder ao iniciar-se a interpretação das normas jurídicas, analisando-se, inicialmente, as palavras que manifestam o preceito normativo, para se lhes apurar o sentido, segundo a linguagem ou os fins do direito. As palavras equivalem, à primeira expressão das coisas, como as concebe o intelecto: voces referents ad res significandas mediante conceptione intellectus. Esse primeiro exame obedece ao processo gramatical, ou filológico, que em múltiplas regras se desdobra, tais as seguintes, que apontamos como principais: 1º As palavras não devem ser, nunca, examinadas isoladamente, mas em seu conjunto e postas em confronto umas com as outras, consideradas como partes integrantes do texto: incivile est nisi tota lege perfecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere (Celso, L. 24, D. 1, 3); 2º se determinada palavra tem um sentido na linguagem comum e outro na linguagem jurídica, preferir-se-á este último, porque o direito tem sua linguagem própria, que o legislador deve conhecer; 3º mas possível é que o legislador haja empregado a linguagem comum e não a do direito e, neste caso, o exame da disposição, em seu todo, segundo a natureza jurídica da relação sobre a qual versa, revelará esta circunstância e determinará a adoção conseqüente do sentido comum do termo; 4º as palavras, comuns ou jurídicas, também podem ter sido usadas com impropriedade, equivocidade, ou imprecisão; e, assim, sucedendo, cumpre ao intérprete demonstrar a existência destes vícios e restabelecer ou reconstituir o preceito segundo a natureza da relação jurídica contemplada. (...) Finda a interpretação gramatical, desde que não haja apurado um sentido inequívoco, imperativo, cogente, continue o intérprete o seu trabalho, socorrendo-se dos subseqüentes processos para confirmar, ou, possivelmente, aperfeiçoar, ou mesmo alterar o resultado que, de início, alcançou’ (RÁO,

Vicente. O Direito e a Vida do Direitos. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2004. p. 513-515)”.

137 Saliente-se que as obras intelectuais protegidas pelos Direitos Autorais são aquelas criadas por um ser humano à luz do art. 7º da Lei n. 9.610/1998, independentemente de sua condição física ou mental, e nunca por animais, que não são capazes de gerar uma obra criativa, salvo se guiados para tanto por uma pessoa (MORAES, 2021, p. 227-228).

138 Art. 24. São direitos morais do autor:

I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II - o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III - o de conservar a obra inédita;

IV - o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra;

V - o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI - o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII - o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

§ 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV.

§ 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

§ 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em 31 ago.

2021. (grifo nosso)

Quanto à intransmissibilidade *mortis causa* do exercício do direito de modificação dos direitos morais do autor, válido mencionar a seguinte lição:

Os sucessores não podem desvirtuar o sentido original da obra deixada pelo falecido pai ou pela falecida mãe. O exercício de tal prerrogativa extrapatrimonial é exclusivo do autor. **Intransmissível**. Não poderia, por exemplo, uma filha do escritor João Ubaldo Ribeiro modificar a substância do romance *Viva o povo brasileiro*, dando-lhe um novo desfecho. Por outro lado, é comum, por exemplo, que sucessores de um grande jurista, após a sua morte, permitam que suas obras sejam atualizadas. Nessa hipótese, o atualizador deve buscar, ao máximo, preservar o pensamento do falecido autor. Essa fidelidade – desejo de respeitar o texto original – consiste em objetivo inerente a qualquer atualização honesta. Para tanto, as alterações devem estar inseridas de modo que não se confundam com o texto original. O público leitor deve perceber com clareza que as adições e notas foram feitas pelo atualizador. *Post mortem auctoris*. (MORAES, 2021, p. 391, grifo nosso).

Aliás, quanto à sucessão, dispõe o art. 35 da LDA: “Quando o autor, em virtude de revisão, tiver dado à obra versão definitiva, não poderão seus sucessores reproduzir versões anteriores”.¹³⁹ No mesmo sentido é o teor do art. 58 do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (CDADC): “Quando o autor tiver revisto toda a sua obra, ou parte dela, e efectuado ou autorizado a respectiva divulgação ou publicação *ne varietur*, não poderá a mesma ser reproduzida pelos seus sucessores ou por terceiros em qualquer das versões anteriores”.¹⁴⁰

A despeito de o § 1º do art. 24 da LDA não incluir na sucessão *post mortem* o direito de acesso aos herdeiros do artista a exemplar único e raro de obra, que se encontre legitimamente em poder de outrem, tem-se como notório que os direitos patrimoniais não deixam de existir com o advento da morte do autor. A lei autoral, ao não conferir o direito de acesso pelos herdeiros, aparentemente destoa do direito de plena transmissibilidade sucessória defendida neste trabalho, em que o exercício dos direitos morais e patrimoniais em relação à obra permanecem perenes (MORAES, 2021, p. 478).

Por sua vez, o mesmo se pode afirmar com relação à reprodução de obras como eram antes da revisão realizada em vida pelo autor. Ora, a personalidade do autor

139 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm. Acesso em: 31 ago. 2021. Segundo Rodrigo Moraes (2021, p. 395), o art. 35 da LDA “poderia estar inserido, topograficamente, no Capítulo II (sobre direitos morais), e não no Capítulo III (sobre direitos patrimoniais): afinal, **as facetas direitos morais e direitos patrimoniais encontram-se imbricadas**”.

140 Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/155873993/202108312311/73948634/diploma/indice>. Acesso em: 31 ago. 2021.

não ressurgem diferente após a sua morte, numa espécie de superação do que o próprio autor já havia renegado em virtude das alterações e revisitações realizadas em vida (MORAES, 2021, p. 395).

Desse modo, o Direito Autoral assegura que os valores subjacentes à personalidade do indivíduo não fiquem à mercê de seus sucessores,¹⁴¹ **responsáveis por sua preservação tanto nas hipóteses de acervo composto por bens intangíveis como nos ditos existenciais.** A proteção, assim, independe do meio (analógico ou digital) e há um dever de cuidado responsável com a divulgação desses direitos do “espírito”. **O comportamento dos herdeiros frente a tais direitos morais ou patrimoniais, portanto, não pode ser abusivo, por ensejar eventual responsabilização, acompanhada de reparação.** Logo, esse raciocínio é plenamente aplicável à sucessão digital.

O sistema apresenta regras e exibe princípios autônomos para os direitos autorais, cuja lógica de proteção pode servir à sucessão digital, que, todavia, tem modelo de vocação anômalo, como ainda se abordará, tendo em vista permitir, em virtude da natureza dos bens digitais, que se realize a autonomia da vontade do autor da herança por meio de testamentos virtuais, os quais inclusive podem vir a ser ofertados pelas próprias plataformas, que vêm se esquivando desse dever jurídico.

O que se pretendeu até aqui apresentar é que, sob o ponto de vista legislativo e jurisprudencial, a partir do tratamento conferido aos direitos autorais, é possível a transmissão de direitos e bens de caráter pessoal ou familiar aos herdeiros do usuário da rede. A herança digital, calcada, aparentemente, em bens incorpóreos (os acontecimentos na rede aparentam estar desmaterializados, o que nem sempre lhes retira o valor econômico, seja qualitativa ou quantitativamente), pode encontrar alguma proteção nos ditos “direitos do espírito”, cujo norte parece lhes ser análogo.

141 “Un altro gruppo di disposizioni prevede che le corrispondenze epistolari, le memorie familiari e personali e altri scritti aventi questa natura (art. 93 l.a.), i ritratti (art. 96) anche fotografici (art. 98), non possano essere pubblicati, riprodotti e messi in commercio, dopo la morte dell'autore, senza il consenso, in linea subordinata, del coniuge e dei figli, dei genitori, dei fratelli e sorelle, degli ascendenti e discendenti diretti entro il quarto grado. Anche nel codice civile tedesco peraltro, come noto, per i beni «familiari» (carte e ricordi di famiglia) è prevista una disciplina speciale, consegnata al § 2373.2 BGB il quale esclude che essi facciano part, salva expressa diversa pattuizione, del contrato di vendita di eredità” (MARINO, 2018, p. 183).

Saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que o direito à indenização por danos morais é transmissível aos sucessores do falecido por ostentar caráter patrimonial (AgInt no AREsp 1.558.607/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/08/2020, DJe 18/08/2020).

Assim, o direito de reivindicar a autoria e de defender a obra de quaisquer danos que possam vir a prejudicar a honra e a reputação do autor é transmissível aos herdeiros necessários, que têm o dever moral de preservar a integridade e a criatividade da obra herdada, cujo valor é incomensurável, por qualquer ângulo analisado.

3.4 DOS BENS JURÍDICOS DIGITAIS

A partir do contexto da realidade digital, surge a indispensável discussão acerca da necessidade ou não de categorizar os bens digitais como uma nova espécie de bem jurídico, dotado de natureza distinta da dos ditos tradicionais. É indispensável partir de um novo ponto de vista e de nova categoria de bem jurídico, manifestamente híbrido, dotado de teor extrapatrimonial, existencial e contratual.

O bem digital, além do seu já mencionado caráter híbrido, possui a particularidade de seu conteúdo ser objeto de intermediação das plataformas digitais, o que implica uma dificuldade maior na sucessão, a qual fica em suspenso em virtude da vontade potestativa de plataformas de internet, detentoras do arsenal deixado na rede pelo usuário falecido (MENDES; FRITZ, 2019, p. 192)

A discussão encontra um ponto de partida na Europa, que, por meio da Diretiva (UE) 2019/770 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de maio de 2019 (publicada em 22.5.2019), trata sobre certos aspectos relativos a contratos de fornecimento de conteúdos digitais e serviços digitais e, no que interessa, ao conceito de bens e serviços, extraído do seu artigo 2º:

(i) conteúdo digital são os “dados produzidos e fornecidos em formato digital”;

(ii) serviço digital significa: a) um serviço que permite ao consumidor criar, processar, armazenar ou acessar dados em formato digital, ou b) um serviço que permite o compartilhamento ou qualquer outra interação com dados em formato digital carregados ou criados pelo consumidor ou outros usuários desse serviço, e

(iii) bens com elementos digitais: “quaisquer bens móveis tangíveis que incorporem ou estejam interligados com conteúdos digitais ou serviços digitais de forma a que a ausência desses conteúdos digitais ou serviços digitais impeça os bens de desempenhar as suas funções.”¹⁴²

Assim, qualquer tipo de informação sob o formato eletrônico, armazenado em computador ou em outros dispositivos digitais, que tenha sido objeto de *upload* na rede, ou seja meio de alguma comunicação nesse ambiente, é considerado bem digital. E dentre os formatos digitais mais conhecidos, destacam-se os aplicativos, os jogos virtuais, os vídeos elaborados por youtubers, os áudios de diversos *softwares*, as redes sociais, as criptomoedas e tantos outros bens digitais que ainda estão por vir.

Como se tem observado até aqui, o regime sucessório se depara com diversas situações referentes à esfera jurídica digital do falecido, inserido em contextos de toda ordem. Contudo, a partir da lógica do sistema, não é necessário estabelecer se o conteúdo digital do falecido tem caráter de mero relacionamento “existencial” ou se configura um verdadeiro ativo (*asset*) monetizável. Tudo compõe a massa hereditária e deve ser incluído na sucessão.

Isso porque, durante a vida, “bilhões de pessoas irão interagir, externar seus pensamentos e opiniões, compartilhar fotos e vídeos, adquirir bens corpóreos e incorpóreos, contratar serviços, dentre centenas de outras possíveis atividades por meio da rede mundial de computadores” (ZAMPIER, 2021, p. 74). Essas interações externalizam o conteúdo digital, cujo tratamento jurídico é o mesmo que o emprestado ao conteúdo analógico, pois sua importância para o sistema independe do meio, como se demonstrou a partir das normas relativas aos direitos autorais e se abordará adiante.

A transmutação ou migração de relações e projeções da personalidade do sujeito para o ambiente digital não tem volta. O fato de existir um ativo digital incorporado à esfera jurídica patrimonial do indivíduo já permite que este seja objeto de

142 Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770>. Acesso em 10 ago. 2021.

trespasse. Criar dilemas acerca dessa rede truncada de relações a fim de se definir qual o patrimônio apto a ser partilhado em caso de sucessão *causa mortis* não apenas rompe com o princípio da sucessão universal, como gera um imbróglio infundável para o Poder Judiciário, que teria o papel de casuisticamente aferir a natureza de cada conteúdo existente – tarefa, obviamente, impossível.

A questão parece se ater a um conceito peculiar de propriedade no mundo digital, cuja natureza multifacetada se interliga pessoal e patrimonialmente. Ora, é inegável a suscetibilidade de publicações pessoais divulgadas, *prima facie*, sob o viés de gerar renda e chamar atenção de “seguidores”, que, eventualmente, permitirão à pessoa galgar a exploração econômica de situação íntima sequer imaginada no momento da publicação na rede.

Como se sabe, o gosto popular é ambíguo e, por vezes, até mórbido, como se percebe de celebridades que ganham *status* ainda maior quando já falecidas, alcançando popularidade e retornos financeiros até então desconhecidos em vida, e que jamais serão usufruídos pelo autor da herança, mas sim por seus herdeiros. É disso que se trata.

Há quem defenda que o acervo de bens digitais “personalíssimo”, tais como senhas, perfis em redes sociais, *e-mails* e conversas de WhatsApp, não deveria ser transmitido via herança, ou ao menos não de modo irrestrito.

A enunciação dessa classificação decorre e provém da própria natureza dos bens integrantes do acervo de direitos da personalidade, distribuídos, segundo Carlos Alberto Bittar, ao lado de Limongi França, em: a) direitos físicos, como a vida, o corpo (próprio ou alheio), as partes do corpo; o físico; a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) direitos psíquicos, como as liberdades (de expressão; de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais); e c) direitos morais, como o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros (BITTAR, 2015, p. 115).

O objetivo elementar dessa categorização seria proteger, além da integridade física, psíquica e moral das pessoas, seus direitos à individualidade, à existência física e à higidez intelectual e moral, evitando-se, com isso, que tais bens pudessem ser conhecidos ou fruídos por terceiros ou ainda reduzidos a ações deletérias ou depreciativas, indesejáveis seja ao sujeito atingido, seja à ordem pública como um todo. É que

“representam esses direitos, sob esse prisma, verdadeiras muralhas de proteção à sua integridade antepostas pelo direito **como defesa da pessoa diante de invasões de qualquer outro componente da coletividade**” (BITTAR, 2015, p. 112, grifo nosso).

Realmente é inegável que o indivíduo deve ser sempre protegido de abusos, especialmente em suas relações obrigacionais e contratuais, como acontece em toda relação digital.

Exatamente por isso, na hipótese de existirem ativos digitais (independentemente de possuírem valor monetário ou valor emocional para os herdeiros), há que se transmitir *mortis causa* esses bens, não apenas porque a vida *online* fornece informações valiosas sobre o *de cuius*, mas também porque esses bens vêm substituindo ativos como cartas escritas e álbuns de fotografias reveladas, os quais, se não tiverem o destino adequado, serão perdidos, porquanto sujeitos à exclusão de conta após a morte do titular pela maioria dos termos de uso das plataformas.

Se nada for alterado, há que se reconhecer uma lesão às gerações futuras, que estarão enlutadas e não conhecerão sequer sua ancestralidade, o que importa para a sociedade como um todo (BANTA, 2014, p. 816).¹⁴³

Judith Martins-Costa (2008, p. 645 apud ZAMPIER, 2021, p. 89) aborda a possibilidade de a propriedade alcançar o mundo virtual, afirmando que este não se limita àquilo que se pode, materialmente aferir, pois o mundo real vai além do tangível quando se trata do virtual.

Ao usuário é conferida a faculdade de dispor como bem quiser dos seus ativos digitais (existenciais ou patrimoniais), já que pode deletá-los, fornecê-los a terceiros (inclusive não herdeiros), aliená-los onerosamente ou gratuitamente, ou assumir o destino estatal, que é o da sucessão universal.

143 No original: “Even if digital assets hold no monetary value, they can hold emotional value to a decedent’s friends and family. Because so much of our lives are played out online, our online accounts give invaluable information about our interests, personalities, and desires to those we leave behind. People increasingly seek comfort after a loved one’s death from their online presence. Digital assets have replaced, and will continue to replace, sentimental assets like letters, scrapbooks, home videos, and shoeboxes full of photos, which all carry great emotional significance to a bereaved family and historical significance to society. As of now, many digital assets are subject to deletion upon the death of an account holder. If nothing is changed, digital assets of all kinds will be lost to future generations”.

Por fim, não há quem não se surpreenda com as diversas descobertas e inovações tecnológicas que acrescentaram os restos digitais ao acervo hereditário, o que dificilmente poderia ter sido vislumbrado pelo legislador positivo.¹⁴⁴

3.5 SUCESSÃO DIGITAL NO BRASIL: LIMITES E POSSIBILIDADES

Os ativos digitais vêm em uma variedade de formas e têm muitas finalidades diferentes, mas todos têm uma semelhança notável – a herdabilidade do ativo é controlada por um contrato privado entre uma empresa que fornece um serviço ou produto (como Google, Facebook, Yahoo! ou Apple). Nesses contratos, como regra, um usuário geralmente concorda que seus ativos digitais não podem ser transferidos para a família ou amigos após sua morte. Em outras palavras, os contratos de ativos digitais muitas vezes limitam a capacidade de descendência e a capacidade de planejamento de ativos digitais, o que viola o Direito Sucessório brasileiro (BANTA, 2014, p. 801-802).

E aqui repousa a nossa conclusão: é a autonomia da vontade do sujeito de direito, dono de sua existência extrapatrimonial, o senhor do seu destino no que se refere aos direitos digitais.¹⁴⁵ No espaço virtual, a morte não repercutiria do mesmo modo que na via real. Pode soar estranho, mas defender o contrário seria admitir que aquela pessoa não existiu virtualmente, o que é ainda pior.¹⁴⁶

144 Disponível em: https://f5.folha.uol.com.br/cinema-e-series/2021/08/reencarnacao-digital-de-famosos-levanta-duvida-sobre-dados-dos-mortos.shtml?utm_source=whatsapp&utm_medium=social&utm_campaign=compwa. Acesso em: 7 ago. 2021.

145 A propósito, comenta Moraes (2021, p. 381): “Dom Hélder Câmara afirmava com sabedoria: Feliz de quem entende que é preciso mudar muito para ser sempre o mesmo”. Raul Seixas, por sua vez, cantava: ‘Eu prefiro ser essa metamorfose ambulante do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo (...)’; Guimarães Rosa, no clássico *Grande Sertão: Veredas*, traz essa memorável passagem: ‘Mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando’. Carlos Drummond de Andrade escreveu com inigualável beleza: ‘O problema não é inventar. É ser inventado hora após hora e nunca ficar pronta nossa edição convincente’. Cecília Meireles dizia com profundidade: ‘mesmo as pedras, com o tempo, mudam’. Sem dúvida, o ser humano é inconcluso, inacabado, constrói-se cotidianamente. A sua condição é de incompletude. A obra intelectual, como insistentemente frisado, consiste na irradiação da personalidade do autor no momento da criação. Se a sua personalidade muda, a obra pode, ulteriormente, já não ser considerada expressão de seu espírito criativo. O tempo costuma apontar imperfeições, falhas, equívocos. Se o direito moral visa a resguardar a personalidade do autor, deve, também, defender a sua evolução, o seu amadurecimento. De fato, só se protege integralmente a personalidade da pessoa humana quando se aceita a sua condição mutante. Jorge Luis Borges, num prólogo a uma tradução para o espanhol de Paul Valéry, afirma que ‘o conceito de texto definitivo não corresponde senão à religião e ao cansaço’.

146 “Saranno, pertanto, i soggetti più vicini al *de cuius* – individuati nell’ambito della comunità familiare dalle richiamate norme speciali ovvero da lui selezionati secondo il volere manifestato con una dichiarazione in forma scritta, ma non necessariamente testamentaria – a operare le scelte più consone alla

Aliás, o que se percebe é que, inclusive sob o ponto de vista de exigência de maiores formalidades, para o reconhecimento de tais direitos (como se viu, de cunho moral e de personalidade), um testamento sequer é indispensável. Não se nega a utilidade desse instrumento para se evitar celeumas de todas as ordens. A opção, contudo, está à disposição do usuário da rede, que um dia morrerá, e se não fizer a escolha sobre seus bens, estes serão repassados a seus herdeiros necessários (MARINO, 2018, p. 193).¹⁴⁷

Nada impede, portanto, que o autor da herança atribua a herdeiros distintos da sucessão natural seus bens digitais. Esta escolha é discricionária e de responsabilidade exclusiva do transmitente, a quem incumbe avaliar seu próprio destino, sob pena de delegar ao Estado que o faça em seu lugar. Essa escolha, todavia, jamais foi conferida legalmente às plataformas digitais, cujos termos de uso precisam se amoldar às regras sucessórias nacionais.

A vocação hereditária na herança digital é anômala e a ordem de vocação sucessória quanto ao patrimônio digital há de ser interpretada de acordo com a nova realidade e os novos referenciais, a partir do sistema. Na falta de manifestação do autor da herança, que poderá a vir a não consentir com a partilha de seus bens digitais, à luz do princípio da autodeterminação informativa, a sucessão universal ocorre sem distinção quanto aos bens digitais.

Livia Teixeira Leal (2018, p. 24) alerta que “a questão pode se tornar ainda mais problemática quando não há consenso entre os familiares a respeito desses conteúdos, na medida em que cada um vivencia o processo de luto de forma diversa”.

protezione della personalità nel senso della *disclosure* o *non disclosure* dei diversi aspetti della identità digitale del soggetto” (MARINO, 2018, p. 185). Tradução livre: Portanto, serão os sujeitos mais próximos do falecido – identificados no âmbito da comunidade familiar pelas referidas regras especiais ou por ele selecionados de acordo com a vontade expressa com uma declaração em formulário escrito, mas não necessariamente testamentário – para fazer as escolhas mais adequadas à proteção da personalidade no sentido de divulgação ou não divulgação dos diferentes aspectos da identidade digital do sujeito.

147 “Di particolare interesse in questa direzione è la disciplina francese consegnata al *Code de la propriété intellectuelle*, il quale sancisce che dopo la morte dell'autore, il diritto di divulgazione delle sue opere postume può essere esercitato dagli esecutori testamentari designati dall'autore medesimo; soltanto in caso di loro mancanza o al momento del decesso, il diritto è esercitabile dagli eredi secondo l'ordine fissato dalla norma: «après sa mort, le droit de divulgation de ses oeuvres posthumes est exercé leur vie durant par le ou les exécuteurs testamentaires désignés par l'auteur. A leur défaut, ou après leur décès, et sauf volonté contraire de l'auteur, ce droit est exercé dans l'ordre suivant: par les descendants, par le conjoint contre lequel n'existe pas un jugement passé en force de chose jugée de séparation de corps ou qui n'a pas contracté un nouveau mariage, par les héritiers autres que les descendants qui recueillent tout ou partie de la succession et par les légataires universels ou donataires de l'universalité des biens à venir» (art.

L121-2 Loi n. 92-597 dell'1 luglio 1992)” (MARINO, 2018, p. 193).

O Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) fixou princípios, garantias e deveres relativos ao uso da internet no Brasil (arts. 3º e 7º, incisos I a III). Por sua vez, a Lei de Proteção de Dados Pessoais – LGPD (Lei 13.709/2018) tem por objetivo regulamentar a política de proteção de dados pessoais e a privacidade no Brasil. Ambas não versaram sobre o tratamento de dados de pessoas falecidas, mas seus princípios podem auxiliar nessa nova realidade.

Diante de todo o exposto, é indispensável procurar meios para se tutelar juridicamente os conteúdos digitais no caso de morte do seu titular. Como se anteviu no trabalho, o problema não é exclusivo do Brasil. O mundo está imerso nessa verdadeira revolução digital¹⁴⁸ e o destino do conteúdo digital colocado no centro dessa realidade.

Assumir a responsabilidade pessoal pelo destino do conteúdo digital, que pode ser realizado por testamento ou, por segurança jurídica, pela lei, é sinal de maturidade. É fundamental tomar as rédeas da vida para que na morte não lhe falte um planejamento sucessório que de fato corresponda à sua intenção em vida. Essa conscientização – de que é indispensável assumir as consequências de uma existência terrena – deveria ser objeto de políticas públicas. Atribui-se à educação digital um papel importantíssimo nesse contexto, por versar sobre o interesse, ao fim e ao cabo, do ser humano.

Em lição sempre atualizada, Francisco Amaral ensina que a

Projeção imediata do personalismo ético é o reconhecimento da pessoa como sujeito de direitos e deveres, da propriedade como direito de domínio limitado por uma função social e da autonomia privada como poder jurídico que os particulares têm, nos limites estabelecidos pelo Estado, de auto-regularem, por sua própria vontade, relações jurídicas de que são parte, e que têm no contrato e no testamento suas principais e mais frequentes realizações”. (AMARAL, 2003, p. 141)

A tensão entre o direito de propriedade e de privacidade seria evitada por meio de um simples clique.¹⁴⁹ Todas as plataformas digitais seriam obrigadas a exigir,

¹⁴⁸ “Dalla realtà descritta emerge chiaramente un punto cruciale nell’economia della riflessione. La «rivoluzione digitale», la nascita e la crescita esponenziale di comunità virtuali relazionali come i social network e della cd. platform economy accentuano una cifra ordinante della modernità: il processo di mondializzazione del mercato e delle relazioni sociali, economiche e giuridiche, i cui orizzonti travalicano le frontiere statali per divenire quelle transnazionali e globali della realtà virtuale” (MARINO, 2018, p. 172).

¹⁴⁹ “Il ricorso alla tecnologia può, infatti, dare maggiore concretezza al principio dell'autoregolamentazione privata degli interessi (136), consentendo anche alle fasce più giovani della popolazione — quelle che meno si confrontano con l’idea della mortalità — di usufruire di strumenti tecnologici, che permettano, in

sob pena de não ingresso, qual o destino dos dados sensíveis em caso de morte do usuário, sendo certo que, na hipótese de silêncio, estes seriam excluídos quando da informação do óbito.

Enquanto o legislador positivo não se posicionar, a sucessão digital será regida, ao lado do testamento, por *soft law*, por uma variedade enorme de termos de uso de provedores que apresentam soluções distintas para a mesma questão.¹⁵⁰

Obviamente os termos de uso dos inúmeros *sites* e plataformas podem ser objeto de controle judicial, chamado a assegurar valores muito caros à humanidade, como a dignidade da pessoa humana, a privacidade e os direitos de personalidade do usuário,

una maniera tipicamente *user-friendly*, di governare il destino della propria identità digitale anche per la fase successiva alla morte” (RESTA, 2014). Assim o titular do direito poderia: a) transformar a conta digital em um “memorial”, que permitiria mensagens de terceiros; b) excluir a conta; c) congelar a conta, sem novas postagens ou interlocuções; d) ceder a administração da conta a um terceiro; e) permitir o acesso irrestrito; f) permitir o acesso à conta a apenas pessoas expressamente indicadas (ZAMPIER, 2021, p. 187).

150 Para conferir os termos de uso com relação à sucessão digital das principais plataformas digitais veja-se: Facebook: além de permitir que a página se transforme em um memorial ou até que seja apagada, o Facebook permite a seus usuários a escolha de contatos de sua confiança, o denominado “legacy contact”, que assumiria a gestão da conta na rede social. Este poderia: “fixar uma mensagem no topo do perfil do falecido, bem como pode responder a novos pedidos de amizade e até baixar um arquivo com fotos e *posts* do amigo ou familiar. Segundo a empresa, a pessoa indicada pode ser qualquer um dos seus contatos, como um membro da família ou um amigo que, a partir do momento da informação da morte, terá acesso concedido pelo Facebook para fazer um *post* que ficará fixado no topo da Linha do tempo informando o ocorrido, assim como data e hora do funeral e outras homenagens e encontros religiosos; responder a novos pedidos de amizade de membros da família e amigos ainda não conectados; atualizar a foto do perfil e foto da capa; mantendo-se as mesmas configurações, inclusive de privacidade, cadastradas pelo falecido, anteriores à morte. Importante destacar que o contato escolhido para cuidar da conta não será capaz de fazer *login* no perfil como se fosse a pessoa que faleceu. Dessa maneira, o legatário não poderá fazer novos posts em nome da pessoa falecida nem, tampouco, ver suas mensagens privadas, ou mesmo enviar mensagens de qualquer espécie, como se esta fosse. A empresa disponibiliza, ainda a possibilidade do titular da conta informar, caso seja sua preferência, que quer a sua conta do Facebook excluída permanentemente. Alertas como aniversário e sugestão de amizade são desativados da conta. A nosso ver, dessa maneira, materializa-se na internet e, em especial no Facebook, um memorial que representa o legado da pessoa que morreu. E mais, nestes termos, nos atrevemos a dizer que tal dispositivo soa como uma ‘sepultura digital’ em que as pessoas podem prestar suas homenagens, fazer suas lamentações, enfim, expressar, cada um a sua maneira, seus sentimentos e compartilhá-los com os demais. É o processo de adequação de nossas vidas ao meio ambiente digital e, obviamente, a morte não ficaria de fora” (CADAMURO, 2019, p. 115). “Un’altra significativa sollecitazione viene proprio dalla realtà virtuale: è un *trend* che assume sempre maggiore consistenza quello per cui gli intermediari digitali consentono agli utenti di nominare con un’apposita dichiarazione un soggetto che potrà gestire l’account al momento della morte. Si è già osservato come Google consenta di indicare un soggetto che, per l’ipotesi di decesso del titolare, provvederà a contattare, il quale potrà «amministrare» i diversi *account* del *de cuius*. Anche Facebook e Instagram attribuiscono all’utente il potere di decidere, in ogni momento, la sorte del proprio *account*, per il tempo successivo alla propria morte, stabilendo se esso e tutti i suoi contenuti debbano essere eliminati in modo permanente ovvero se debba essere reso commemorativo, in modo da permettere di raccogliere e condividere i ricordi del *de cuius*: in quest’ultima ipotesi, è consentito designare un cd. «contattoerede» il quale potrà gestire il profilo del defunto; sarà l’utente a definirne i compiti, decidendo se il contatto erede nominato possa o meno scaricare una copia dei contenuti che l’utente aveva condiviso sul *social network*⁵⁰. In ogni caso, il rapporto del contatto-erede non ripeterà simmetricamente quello intrattenuto dall’utente deceduto con il *social network*, in quanto non potrà rimuovere o modificare contenuti già esistenti, leggere messaggi privati che l’utente abbia inviato o ricevuto, rimuovere i contatti «amici» del *de cuius* (MARINO, 2018, p. 189).

cuja preservação, em última análise, garante a vontade do falecido, que não deveria ter sua vida digital ultrajada. Infelizmente, da análise dos casos julgados pela Justiça brasileira, não se extrai qualquer uniformidade no tratamento da matéria.

Apesar da crescente importância dos ativos digitais em nossas vidas e do aumento de seu valor econômico e pessoal, ainda remanesce pendente uma análise mais profunda pelo ordenamento pátrio sobre o modo de controle pelos usuários do destino dos ativos digitais após a morte.

O que se buscou até aqui esclarecer é que, a despeito dessa omissão, o sistema oferece soluções às questões já apresentadas com fundamento no Direito Sucessório, que fornece elementos para a proteção da pessoa humana, a partir da cláusula geral de sua proteção e de todo um arcabouço legislativo já existente. Não se pode admitir que contratos privados controlem os ativos digitais, situação que retrataria um manifesto sequestro do nosso sistema, especialmente no que se refere aos direitos hereditários (BANTA, 2014, p. 799-800).

Sob esse enfoque, a transferência de ativos digitais por meio dos termos de uso das plataformas digitais somente pode ser validada se compatível com as políticas e princípios sucessórios e a vontade do autor da herança, que pode ser exteriorizada por meio de testamento ou não.

Os contratos que vedam a transmissão *causa mortis* de bens pessoais (digitais ou analógicos) devem ser reputados nulos por uma questão de ordem pública (BANTA, 2014, p. 803), pois renegam o direito de propriedade, à liberdade e à autonomia da vontade do indivíduo, o que é inaceitável sob qualquer ângulo que se veja a questão (BANTA, 2014, p. 825).

Não se negam os problemas ainda em aberto – porém, alguma saída para a inequívoca complexidade apresentada já pode ser vislumbrada. O que não se deveria aceitar é que as condições de uso e serviços da internet se sobrepusessem à Constituição Federal e à normativa de Direito Civil. Ao final, é o papel do Estado que está *subjudice* no que concerne à herança digital.

A tecnologia não vai retroagir. Os ativos digitais vêm substituindo os analógicos gradativamente, ainda que se tenha presente que estes nunca deixarão de

existir. Há que se admitir uma convivência harmônica entre estes mundos, que merecem ser tratados de modo equânime, guardando suas singularidades.

O tema é de enfrentamento urgente porque a inércia, por ora, vem favorecendo o mercado, que, por falta de regulação, dita as regras concernentes à herança digital, seja arquivando ou destruindo um valioso patrimônio emocional, histórico ou econômico, seja negando acesso aos herdeiros necessários a este. A discussão se impõe, e deveria ser objeto de preocupação popular, cuja pressão poderia acelerar as soluções em prol de um remodelamento das políticas e contratos na internet (BANTA, 2014, p. 803).

As futuras gerações agradeceriam um debate amplo e desprovido de sentimentalismos ou ingenuidades acerca dessa nova dinâmica da vida. Enquanto não enfrentarmos a discussão, estaremos delegando o controle da nossa morte digital ao mercado (BANTA, 2014, p. 826).

Talvez, apenas com o decurso do tempo, será possível perceber que a vida armazenada na nuvem é tão real quanto a experiência corpórea material. Até lá, as grandes corporificações e plataformas digitais continuarão a se eximir de responsabilidades e a ditar as regras nessa arena, cuja importância ainda é subjugada historicamente e poderá custar muito caro às futuras gerações.

Depreende-se de tudo que foi analisado que a maioria dos “gigantes da internet” não preveem de forma explícita, ou não facilitam o caminho, para que os usuários de inúmeras plataformas digitais escolham livremente e de forma responsável o destino do acervo digital após a sua morte. Dessa sorte, buscou-se, sem pretensão de esgotar as possibilidades de soluções para esta complexa temática, destacar alguns caminhos possíveis no tocante à herança digital, partindo-se, desde o início, do ordenamento civil sucessório.

O Direito precisa se adaptar ao modo de relacionamento humano contemporâneo, calcado em novos meios de comunicação e exteriorização de vontade. O novo meio tecnológico que respalda essa realidade dinâmica e desafiadora para o legislador positivo não pode alijar o sujeito de direito de sua autonomia privada e liberdade de escolhas acerca do seu “*day after*”.

O ambiente eletrônico é apenas um novo espaço à disposição da sociedade para viabilizar o relacionamento humano, com a peculiaridade de que essa exteriorização

de vontade se perfaz mediante celebração de contratos *online*, em regra de adesão, e aparentemente sem custos, porque a remuneração das plataformas é indireta: seja por meio da captação dos dados do usuário (que é o produto), ou da veiculação de publicidade, dentre outras formas.

Os contratos postos à disposição dos consumidores da rede estipulam cláusulas contratuais por vezes ininteligíveis e inacessíveis para a maioria da população brasileira. A estipulação de regras complexas e pouco amigáveis acaba alijando o usuário da indispensável escolha sobre o destino de seus dados após a morte, o que tem conduzido os herdeiros, já depois do infortúnio doloroso, a buscar respostas do Poder Judiciário quanto aos seus direitos hereditários no contexto digital ao redor do mundo.

O fato de a maioria das plataformas impedir a transferência de dados do perfil aos herdeiros necessários, testamentários ou a terceiros indicados pelo usuário demonstra o poder subjacente empresarial que caracteriza a problemática e a urgência de se transpor o vácuo normativo específico para sistematizar o tema.

Desse modo, seja pelo fato de o tema envolver sentimentos e discrepâncias naturais do meio familiar, seja porque os bens digitais se caracterizam por terem valor existencial-econômico-patrimonial, a partir de inúmeras utilidades imbrincadas e híbridas, a sucessão universal do acervo hereditário deve ser transmitida diretamente aos herdeiros necessários, caso outra opção não tenha sido adotada em vida pelo autor da herança.

Isso porque o titular da conta, sujeito de direito como outro qualquer, tem o legítimo direito, ante a nova realidade, de conferir um destino diverso daquele previsto pelo Estado a seus ativos digitais. Os contratos apresentados aos usuários, portanto, não deveriam ter o poder de controlar o rumo desses ativos digitais, o que, ao fim e ao cabo, limita e subjuga a capacidade de escolha do titular da conta, que ingenuamente não percebe as consequências dessa relação.

A vontade do usuário acaba sendo renegada a segundo plano pelas plataformas digitais, como visto. O debate sucessório se impõe e já se torna urgente diante da judicialização do tema em diversos países, sem ter se alcançado coerência e uniformidade nessas decisões já proclamadas, inclusive no Brasil.

O sistema, todavia, não é tão simples de ser avaliado, tendo em vista um verdadeiro mosaico plural de disposições legais e termos de uso de infinitas plataformas digitais, cada qual com critérios únicos para a circulação dos dados do falecido: como visto, a opção dos gigantes da internet, em sua maioria, é alijar os usuários da reflexão acerca da sucessão de seus dados.¹⁵¹ O silêncio eloquente dos usuários não poderia ser interpretado em seu desfavor, justamente por se tratar de condições contratuais fortemente arraigadas e misturadas com os direitos de personalidade.

A regra geral do sistema sucessório brasileiro se fundamenta no princípio norteador da universalidade na transmissão *mortis causa*, que, como visto, sob o enfoque dos direitos autorais, corrobora a transmissão de bens de caráter patrimonial, extrapatrimonial e de posições contratuais do falecido. Os herdeiros são convocados a exercer seu papel de continuidade desses direitos e obrigações, que não devem ficar sujeitos a interesses privados ou de terceiros.

Não se desconhece que, na realidade digital, os bens jurídicos se misturam em redes complexas. Contudo, o enfoque que se reputa mais pertinente é o que prima pelo interesse público, como, por exemplo, se pode aferir das normas plasmadas no Código de Defesa do Consumidor. Ora, a rescisão unilateral da relação, com o apagamento de dados pessoais ou de terceiros, poderia determinar um desequilíbrio significativo das posições contratuais e submissão dos usuários-consumidores à manifesta abusividade de cláusulas potestativas impostas na rede.

Ademais, não se pode renegar que a maioria das empresas digitais (os grandes gigantes) são dos EUA, cujo sistema consumerista é diverso do brasileiro, em que a proteção é imperativa. Assim, a natureza pública do Direito do Consumidor brasileiro,

151 “Terms of service agreements or company policies follow one of four general approaches to transferability of digital assets at death: (1) the contractual term or policy expressly prohibits account transferability upon death or transferability in general; (2) the term or policy generally prohibits transfer but allows transferability with permission from the service provider; (3) the term or policy expressly allows transferability upon death with certain proof; or (4) the term or policy is silent on whether an account can be transferred upon death. In addition to the four direct approaches above, some agreements include terms that could also be interpreted to limit transfer of assets at death. For example, some terms of service agreements allow a service provider to terminate an account at any time for any reason, which could be used to justify policies that prohibit transfer at death. Such a clause could be used to terminate an account of a deceased user whether or not a user wanted to devise his account. Others state that a provider will only terminate an account if a user violates the agreement. For those agreements that prohibit transfer of an account, it is possible that attempting to devise an account at death could result in a provider terminating the account” (BANTA, 2014, p. 817-818).

que se aproxima mais do europeu,¹⁵² é de todo incompatível com as regras norte-americanas. A sucessão *causa mortis* costuma permitir, no nosso sistema, a transferência das posições contratuais do falecido para seus herdeiros, ainda que tal afirmativa possa encontrar derrogações, o que não se nega (RESTA, 2014).

Impor ao Judiciário brasileiro a análise de cada licença de uso constante da *web* para aferir “o quê” e “como” se transmitiriam os bens digitais é, portanto, dispensável. Se o usuário não optar por findar a sua existência digital, ou seja, não delegar a um terceiro específico a gestão de sua vida póstuma, se submeterá às regras de ordem pública, ou seja, a entrega de seu patrimônio digital a seus herdeiros necessários (MARINO, 2018, p. 179).¹⁵³

O que não se pode admitir é a subtração do espaço legal do Direito Sucessório pela força empresarial do mercado, que vem usurpando o direito de herança. O desvio do sistema tutelado pelo princípio da transmissibilidade dos bens em muitos contratos digitais contradiz a legislação e complica a solução dos litígios que advirão dessa nova realidade.

Há uma certa dose de ingenuidade dos titulares das contas quando concordam com os termos e de uso do serviço e com as políticas contratuais do provedor sem se atentar que estes prestadores estão livres para, a qualquer momento, alterar ou atualizar o contrato,¹⁵⁴ inclusive no que se refere aos ativos digitais passíveis de transmissão por *causa mortis* (BANTA, 2014, p. 819). O objetivo das empresas não é apenas tornar os

152 Válido mais uma vez se valer da lição de Giorgio Resta (2014, p. 909): “In ogni caso meriterebbe di essere attentamente approfondito il profilo della legge applicabile, atteso chela gran parte degli intermediari digitali è costituita da società statunitensi, le quali impongono l'elezione di una legge straniera (sovente la legge della California), il cui sistema di tutela del consumatore raramente equivale a quello europeo (98).

Ovviamente, la stessa clausola di scelta della legge applicabile, oltre che la deroga alla giurisdizione, potrebbe nel singolo caso rivelarsi in contrasto con le norme imperative del diritto interno (99)”. Como afirma Giuseppe Marino, tanto a doutrina italiana quanto a alemã têm argumentado que essa regra também opera de forma indiferente no que diz respeito aos contratos de prestação de serviços *online* (MARINO, 2018, p. 178).

153 No original: “Su questa traiettoria si collocano, come detto, le condizioni previste nei *license agreements* correnti tra gli intermediari digitali e l’*end user*, le quali sanciscono la totale cessazione del rapporto e la chiusura dell’*account* per il caso di decesso dell’utente ovvero, in ipotesi sempre più ricorrenti, ne prospettano una continuazione in versione attenuata e l’apertura di una fase di gestione della vita dell’*account* medesimo affidata a un terzo indicato dal *de cuius* ovvero in mancanza agli eredi. Di talché, si dà la stura a una sorta di successione a *geometria irregolare* del rapporto contrattuale, che non coincide affatto con quello intrattenuto dal *de cuius* con il *provider* ma non ne implica una integrale estinzione, schiudendo il problema – centrale nell’economia di questa riflessione - della qualificazione del ruolo e delle prerogative di questo soggetto chiamato alla gestione”.

154 “Most digital asset contracts are offered in a take-it-or-leave-it fashion, with no room for negotiation or place to indicate testamentary intent” (BANTA, 2014, p. 822).

serviços mais completos e atrativos comercialmente, mas, sobretudo, fugir do risco de litígios judiciais (RESTA, 2014).

Se o problema do destino da relação após a morte do falecido não for expressamente contemplado no regulamento do pacto, devem ser utilizados os princípios próprios do Direito Sucessório. A regra de referência deve, portanto, ser a da sucessão dos herdeiros na posição contratual do falecido (RESTA, 2014).

O intérprete, no mais, haverá de examinar especificamente o conteúdo desses contratos, a fim de verificar o cumprimento de outros princípios e regulamentos subjacentes. A sucessão digital, a despeito de estar inserida no sistema de sucessão *mortis causa*, é considerada **especial, anômala ou qualificada**, justamente em virtude da plêiade de bens digitais de conotações patrimoniais e extrapatrimoniais que a diferencia do tradicional direito das sucessões.

Consigne-se que as inúmeras incertezas que cercam o regime de sucessão dos ativos digitais incentivam a adoção de ferramentas que viabilizem a realização da autonomia privada do autor da herança, que, por meio de disposições de última vontade, como o testamento, poderá amenizar muitos conflitos entre plataformas, herdeiros e familiares. O testamento poderia servir como uma solução que pelo menos evitaria o excesso de judicialização da herança digital, como é possível se antever (RESTA, 2014).

Técnicas mais flexíveis e diferenciadas do rigor formal do ato da última vontade vêm sendo aventadas tanto por algumas interfaces das plataformas como por outras empresas privadas que prestam com exclusividade o serviço de planejamento sucessório especializado em patrimônio digital. O que importa, de fato, é conferir ao usuário uma escolha consciente quanto ao destino dos seus dados digitais na sucessão.

Propõe-se, dentre as possibilidades de externalização da vontade do usuário, a adoção de testamento digital, no qual se poderá indicar um terceiro beneficiário diverso dos herdeiros legalmente previstos na tradicional ordem vocatória, mas sem a preocupação com a parte disponível, tendo em vista os entraves para a avaliação dos bens digitais.¹⁵⁵ A sucessão é anômala justamente porque trata de bens que de fato estão em

155 O destino compulsório de 50% dos bens à parcela de herdeiros teria o condão, para parte da doutrina, de engessar o sistema, que se afastaria, desse modo, dos princípios e valores que o regem. Essa lógica pode se aplicar à sucessão dos bens digitais, que precisa de maior flexibilidade, tendo em vista as dificuldades de avaliação da cada conta.

um novo espaço, bem como apresentam manifesta dificuldade de avaliação pecuniária dentro de um contexto dinâmico e ainda sem balizas claras. Obviamente, a este tipo de testamento não poderiam se impor todas as solenidades restritivas constantes do Código Civil de 2002.

Isso porque, consoante mostramos ao longo do estudo, a herança digital é composta por bens que podem possuir valor monetário ou não, envolvendo a intimidade, o sigilo de correspondência, a imagem, os direitos de autor, dentre tantos outros direitos personalíssimos do falecido. A possibilidade de se utilizar o testamento para expressar por escrito qual a verdadeira vontade do autor da herança com relação ao acesso e utilização de tais bens parece uma via adequada.

Nada impediria, em princípio, que essas declarações de vontade constassem nas próprias ferramentas disponibilizadas *online* pelos fornecedores, o que demonstraria a preocupação destes com a autonomia privada de seus usuários.

O que se defende neste trabalho, aliás, é que, ao se abrir uma conta ou manter-se ativa uma já em curso, é indispensável, ao menos, que toda e qualquer plataforma digital indague de seu usuário o destino que ele deseja dar ao seu acervo digital, sob pena de se seguir a natural regra da sucessão universal para os herdeiros necessários na ordem da vocação hereditária.

Outro meio de se garantir o destino certo dos bens digitais para os herdeiros é assegurar um planejamento sucessório por empresas especializadas no ramo¹⁵⁶ ou se elaborar um testamento digital, que, inclusive poderia ser filmado para fins de registro e validade,¹⁵⁷ o que já é um meio legal na Inglaterra e no país de Gales, em virtude da pandemia de coronavírus, que ensejou a facilitação da manifestação dos últimos desejos do autor da herança, flexibilizando o rigor formal da presença mínima de duas

156 “O site Morte Digital, por exemplo, ‘tem por objetivo facilitar a vida dos familiares e responsáveis legais prestando um serviço de intermediação junto a diversas empresas e publicando *online* o falecimento. A página Mi legado Digital apresenta proposta similar, possibilitando que o usuário deixe determinações em vida a respeito do destino do seu conteúdo constante da rede após a sua morte, manifestando seu desejo pela manutenção ou exclusão da conta, podendo, inclusive, programar postagens *post mortem* em suas páginas, dentre outros serviços. O Site Secure safe também permite que o usuário deixe suas senhas para os seus familiares após a sua morte” (LEAL, 2018, p. 27).

157 Quais as regras que orbitarão em torno do formato digital assumido pelo testamento virtual, diverso do formal estabelecido na lei é objeto de preocupação da doutrina estrangeira (MARINO, 2018, p. 188).

testemunhas.¹⁵⁸ É necessário que o vídeo esteja com imagem e som suficientemente claros para se aferir seus preceitos.

E à luz da autonomia privada em matéria de sucessão digital, seria suficiente que ferramentas fossem disponibilizadas pelos provedores aos usuários, os quais seriam convidados a se posicionar acerca do destino de seus ativos digitais – opção sempre revisitável até o dia da morte – por meio de testamento digital – sob pena de não poderem continuar usufruindo do serviço. Tal cláusula seria obrigatória e protegeria todas as partes envolvidas. Na hipótese de o usuário ter um testamento digital em outro meio, bastaria informá-lo à plataforma e, em caso de silêncio eloquente, subentender-se-ia a sucessão universal, que é a regra do sistema.

Por outro lado, este modelo de vocação especial atribui um papel central e preeminente à vontade do usuário que – ao se beneficiar de menos formalismo¹⁵⁹ na elaboração de um testamento – se sente incentivado a fazê-lo de plano – com intuito de assegurar suas escolhas sobre a continuação dos aspectos mais íntimos e materialmente relevantes de sua existência. Nesse ponto não há dúvidas de que será possível uma ruptura com o tradicional grupo familiar (ou parte dele) para privilegiar outras relações afetivas de confiança.¹⁶⁰ Essa é uma significativa alteração de parâmetros que advém do fenômeno da herança digital.¹⁶¹

158 Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2020/jul/25/video-witnessing-of-wills-to-be-made-legal-during-covid-19-pandemic> - Acesso em: 25.7.2020.

159 “Le illimitate possibilità offerte dal *web* accentuano un altro elemento di specialità ordinante la materia indagata. Il dato di esperienza, suffragato da una lettura in senso evolutivo di quello normativo, delinea la tendenza dell’**autonomia privata** a esplorare nuove latitudini nella pianificazione dell’assetto degli interessi *post mortem* sia sul piano dei contenuti che su quello del *vestmentum* formale, erodendo progressivamente i limiti imposti dall’ordinamento. Ed essa si manifesterà in modo sempre più ricorrente nelle forme, agili e immediate, della realtà digitale” (MARINO, 2018, p. 200, grifo do autor).

160 “In questa sede, non possono essere adeguatamente dissodati gli argomenti avanzati dalla dottrina a confutazione del principio tralatizio dell’intrasmissibilità dei diritti della personalità, spesso scandito con il tono perentorio e apodittico del dogma.⁴⁰ Ciò che certamente emerge dall’analisi normativa compiuta è l’idea per cui la massima tutela della persona del defunto e il più profondo rispetto della sua volontà, qualora esplicitamente manifestata, siano assicurati dalla possibilità della trasmissione a causa di morte dei diritti extrapatrimoniali. In tal modo si invera un singolare capovolgimento di fini del principio di personalità: è innegabile che è proprio nei diritti e nei rapporti di carattere spiccatamente personale, nelle relazioni di affetto e solidarietà vissute dall’individuo, che si realizza la *continuazione* della sua persona anche per il tempo in cui avrà cessato di esistere”⁴¹ (MARINO, 2018, p. 184, grifo do autor).

161 “Numerosi fornitori di servizi della società dell’informazione hanno, infatti, iniziato a predisporre interfacce informatiche volte a sollecitare una scelta consapevole del soggetto in ordine alla destinazione dei propri dati e beni digitali per il tempo successivo alla morte. L’obiettivo non è soltanto quello di rendere più complete commercialmente appetibili i propri servizi, ma anche quello di sottrarsi all’alea delle liti giudiziarie. Non si può dimenticare, infatti, che, per un operatore che si rivolga all’intero mercato globale, come *Facebook* o *Google*, risulta pressoché impossibile dettare regole o prassi organizzative interne in grado di soddisfare i requisiti posti dal diritto successorio di ciascuna giurisdizione coinvolta. Certamente

É necessária a introdução de uma nova cultura digital para a realização dos direitos sucessórios.¹⁶² Ora, em uma evolução do conhecido direito de ser deixado só (*right to be left alone*), abre-se espaço para a plena realização da autodeterminação informativa¹⁶³ do indivíduo *postmortem*: é justamente o usuário quem escolherá o que será revelado. Então, diferentemente da concepção dos que acreditam que o conceito de privacidade estaria sendo burlado, na verdade ele está sendo realizado. A projeção da personalidade é inerente ao sujeito de direito, que deve controlar as informações acerca de si, seja em vida, seja após o seu fim.

É indispensável se repensar essa ideia de personalidade e todos os seus conhecidos consectários (privacidade, intimidade, direito ao segredo, direito à imagem, honra) na era digital. A mudança de mentalidade faz-se necessária – o foco não é este –, como vem sendo tratado pela doutrina e parte da jurisprudência brasileira. Os avanços tecnológicos não ameaçam os direitos de personalidade, ao contrário, o realizam, na medida em que o ser humano é ainda mais valorizado quando se manifesta acerca da sua intimidade virtual. E se não o fizer, o Estado então assumirá esta tarefa.¹⁶⁴

Em vez de falar de sucessão anômala, termo que implica um juízo de valor negativo, aqui se poderia falar mais precisamente de sucessão qualificada: nesta interpretação renovada, o regime especial poderia de fato ter um efeito de arrastamento

preferibile è la soluzione di incentivare una decisione meditata da parte dello stesso individuo circa l'identità dei 'fiduciari' e la natura delle prerogative ad essi conferiti" (RESTA, 2014, p. 916-917).

162 “Sono i colossi del mercato digitale – refrattari ai paletti imposti dalle legislazioni nazionali o sovranazionali – a confezionare le regole che presidono ai rapporti con la moltitudine di utenti, consegnandole alla regolamentazione standardizzata dei contratti di prestazione di servizi *online*. Da ciò scaturisce, per reazione eguale e contraria, la necessità per l'interprete di *localizzare* la norma di diritto positivo chiamata a governare fenomeni economici e sociali che altrimenti, per loro stessa natura, al diritto positivo tendono a sfuggire. (...) Può allora già anticiparsi – per trarne poi più solida conferma lungo il corso della riflessione – che, a fronte della straripante forza economica e negoziale degli intermediari digitali che si veicola nel mercato e quindi nel contratto, il diritto delle successioni può essere chiamato a giocare un ruolo cruciale di *argine* posto a presidio di interessi della persona, anche di rango fondamentale, che reclamano una tutela *post mortem*” (MARINO, 2018, p. 172-173).

163 Confiram-se, acerca do consentimento, os art. 2º (em especial o inciso II) e 5º, XII, 7º, I, e 8º da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD (Lei n. 13.709/2018). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

164 “In definitiva, la «rivoluzione digitale» sembra innescare un effetto di *entropia* nel sistema del diritto civile e lanciare una *suggerzione* all'interprete: ricercare nuovi equilibri e riposizionare i confini tra ciò che è mercato e contratto e ciò che *non* lo è, tra il diritto patrimoniale e il diritto della persona, per poi *sintonizzare* il significato attuale di queste partizioni. In altri termini, si tratta di discernere la materia rimessa alla sovranità del mercato da quei nuclei inscalfibili di tutela dei diritti *insieme* patrimoniali e non patrimoniali della persona, da esercitare in vita o da trasmettere a seguito della morte, che spetta aggregare, in modo il più possibile consonante, ai legislatori transnazionali e municipali” (MARINO, 2018, p. 201-202).

de todo o sistema de sucessões, em um processo de generalização de suas lógicas e princípios (MARINO, 2018, p. 201)

Válido mencionar, ademais, que o fato de se transmitir os dados digitais não quer dizer que os herdeiros terão necessariamente a obrigação de dar ciência destes ou dar continuidade à vida digital do falecido. Essa circunstância é exatamente idêntica à regra da herança analógica: a agenda pessoal de anotações deixada em vida pelo *de cuius* pode ou não ser conhecida dos herdeiros, que eventualmente sequer desejarão saber das intimidades do autor da herança. Presumir esse mau uso dos dados é assumir a má-fé como regra, sendo que o sistema, como se sabe, presume a boa-fé como regra.

Válido alertar, para que não remanesçam dúvidas, que a responsabilidade pelo legado que se deixa é do próprio sujeito de direito. Se, eventualmente, não se deseja que haja o descortinamento de fatos materializados em meios analógicos ou digitais, é indispensável que o descarte seja feito em vida, destruindo-os ou apagando-os, independentemente da classificação conferida aos bens.¹⁶⁵ A expressão da legítima vontade do usuário é indelegável.

Da detida análise da herança digital, conclui-se que o mercado não deve se autorregular nessa temática, a fim de evitar que a sociedade seja sufocada e alijada de realizar suas escolhas acerca de seu acervo digital. A lei deve encorajar os usuários a realizar seus desejos póstumos, conta por conta (HORTON, 2014, p. 1738), e obrigar as plataformas a disponibilizar essa possibilidade.¹⁶⁶

Há, aliás, uma relevante função social no Direito Sucessório. Isso porque a transmissão patrimonial de alguém que falece gera a conservação das unidades econômicas, em prol da proteção de seu núcleo familiar (art. 226, CF/1988).

Em verdade, as plataformas digitais têm a obrigação ética e moral de exigir do consumidor tal manifestação (direito informacional) ou realizar um testamento digital

165 Não se concorda com a doutrina majoritária brasileira, firmada no sentido de que os conteúdos referentes à personalidade do usuário devem desaparecer com o defunto – como já se tentou demonstrar pela análise do microsistema dos direitos autorais.

166“O melhor caminho seria a inclusão no Marco Civil da internet de uma disposição que obrigasse os provedores de redes sociais a incluir nos termos de uso ou nos campos obrigatórios que integram o cadastro, as opções para o destino das contas em caso de morte do usuário. Poderiam ser oferecidas: opção pela exclusão do perfil e de todos os dados após a notificação de falecimento do usuário; a escolha de um contato herdeiro; a transformação em um memorial com as postagens públicas e a supressão dos dados privados etc.” (Pereira apud PEREIRA, 2020, p. 150).

(cujas formalidades precisariam ser flexibilizadas, tendo em vista a possibilidade de ser inclusive filmado). Essa é a nova era do Direito Sucessório, que não pode se distanciar da realidade.

Há que se exigir uma explícita informação para conhecimento de terceiros acerca da opção do usuário. Ora, não se desconhece que a interação na rede envolve a privacidade de terceiros – os quais também poderão escolher como se relacionar com aquele usuário. Apenas desse modo a privacidade de todos os envolvidos ficaria assegurada na rede – o que deveria valer para toda e qualquer plataforma digital. Saber quem terá acesso à conta do usuário falecido não interessa, portanto, apenas aos herdeiros (que dela poderão fazer bom ou mau uso se autorizados devidamente *pele de cuius*), mas também àqueles que se comunicaram com o morto.

O Estado, portanto, tem obrigação, inclusive no plano sucessório, de proteger e assegurar a dignidade humana, que, segundo Ingo Sarlet, deve ser entendida como

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 direito e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha 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 humanos” (SARLET, 2015, p. 199).

Não por um acaso, o Senado Federal, no dia 20.10.2021, incluiu a proteção de dados pessoais como um direito fundamental, inclusive nos meios digitais, por meio da Emenda à Constituição 17. A proposta passou pelas duas Casas, tendo a Câmara incluído um dispositivo que atribui à União a competência privativa para organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais à luz da LGPD. Desse modo, assegurou-se ao cidadão uma nova garantia fundamental a partir dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), como o respeito à privacidade e a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem do indivíduo.

A relatora da PEC, Senadora Simone Tebet, destacou a importância do tema já que o mundo da internet pode se voltar contra nós mesmos, pois, como salientou, “ora somos vítimas do crime, ora somos vítimas do mercado”.¹⁶⁷ A PEC inclui no art. 5º, que trata dos direitos individuais e coletivos, o seguinte: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”.¹⁶⁸ Assim, se, em vida, a proteção agora é garantida constitucionalmente, não haveria porque, com o advento da morte, tratar-se a questão digital de modo diferente.¹⁶⁹

O texto seguirá para a promulgação em sessão do Congresso Nacional. 170

As empresas precisam tomar cuidado com os dados pessoais porque os cidadãos têm agora o direito constitucional de reclamar sobre o eventual abuso desse uso, lógica indissociável da vida ou da morte.

167 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2019-07/senado-aprova-pec-que-inclui-dados-pessoais-como-garantia-fundamental>. Acesso em: 22 out. 2021.

168 Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/10/20/senado-aprova-pec-que-transforma-protecao-de-dados-pessoais-em-direito-fundamental.ghtml>. Acesso em: 22 out. 2021.

169 Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-10/senado-inclui-protecao-de-dados-pessoais-como-direito-fundamental>. Acesso em: 22 out. 2021

170 Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2021/10/protecao-de-dados-pessoais-sera-incluida-entre-direitos-fundamentais-previstos-na-constituicao>. Acesso em: 22 out. 2021.

CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, buscou-se demonstrar a importância da herança digital na atualidade, o que envolve princípios de autonomia privada e liberdade contratual dos usuários, ainda inconscientes do impacto contemporâneo da morte digital em suas vidas e do valor de seus dados digitais plasmados em inúmeras plataformas e aplicativos que vêm se apropriando de todos eles, independentemente do caráter existencial ou patrimonial do conteúdo disponibilizado.

No primeiro capítulo do trabalho, apresentou-se um panorama do sistema sucessório brasileiro, que encontra soluções capazes de equilibrar a proteção e a dignidade póstuma do falecido a partir de normas que possibilitam a transmissão universal do seu patrimônio, protegido tanto pela legítima, como pela possibilidade de indicação testamentária de beneficiários.

Com relação à legítima, ressaltou-se que o Estado assegura a metade da herança aos herdeiros indicados por lei. Esta modalidade prevalece no Brasil, que ainda não tem plenamente introjetada a cultura de elaboração de testamentos, o que já vem se modificando, em virtude da Pandemia de Covid-19 e da realidade digital.

A liberdade do autor da herança é limitada na sucessão legítima em face de interesses que o ordenamento valoriza, tais como a conservação da propriedade, a solidariedade familiar e a manutenção dos clãs geracionais, seguindo o que se chama de ordem de vocação hereditária, o que inclui herdeiros necessários ou facultativos.

Salientou-se a proibição do *pacta corvina*, consubstanciado na negociação de herança de pessoa viva, sob pena de se incentivar o desejo da morte prematura do autor da herança a partir de interesses meramente patrimoniais. Além disso, enfatizou-se a novidade implementada pelo Código Civil de 2002, que considera o cônjuge herdeiro necessário, superando entendimento anterior do Código Civil de 1916, apresentando-se as regras de concorrência entre herdeiros.

Destacou-se ainda o entendimento conferido à união estável pelo Supremo Tribunal Federal, que equalizou a situação do companheiro em relação ao cônjuge, o que reverberou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Por sua vez, citou-se o direito de *saisine*, que assegura a transmissão automática da herança aos titulares dos direitos hereditários, os quais remanescem unidos em condomínio até a partilha, motivo pelo qual se exige a observância do direito de preferência entre herdeiros em caso de cessão de quotas hereditárias. Ademais, demonstrou-se a possibilidade de renúncia ao direito de herança, da realização de planejamentos sucessórios por meio de *holdings* familiares e da existência de questionamentos doutrinários acerca do percentual da legítima.

A sucessão testamentária, modalidade sucessória adotada pelos romanos, também foi objeto de atenção. Pode-se constatar que o ordenamento preserva o desejo do autor da herança em beneficiar pessoas estranhas (ou não) aos sujeitos arrolados como herdeiros necessários pela legislação pátria, por meio da transmissão de bens de valor econômico ou sentimental. A parte disponível, ou seja, tangível, do acervo hereditário, tem o condão de ser objeto das modalidades ordinárias e extraordinárias de testamentos constantes do Código Civil de 2002.

A socioafetividade vem sendo considerada um princípio regrador do Direito sucessório, razão pela qual se tratou das novas formas de filiação e de constituição de família, rememorando-se o julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da multiparentalidade, conceito que admite a coexistência da paternidade ou maternidade biológica e afetiva, conferindo ao filho reconhecido o direito à herança em virtude de ambos os vínculos.

No Capítulo 2, avaliou-se a herança digital a partir de casos já apresentados ao Judiciário estrangeiro e nacional e da legislação existente em alguns países do globo, apontando-se, ainda, os projetos de lei brasileiros em tramitação sobre o tema.

De fato, há uma transição do mundo analógico para o digital, o que conduziu à uma avaliação de controvérsias sobre o tema já decididas pelo mundo e no Brasil, porquanto uma realidade sem retrocesso. O *leading case* alemão foi objeto de maiores detalhamentos em face de sua importância paradigmática.

A regulação da herança digital pelo mundo foi destacada, com ênfase na experiência germânica, bem como de países como Estados-Unidos da América, Bulgária, Estônia, Holanda, Itália, Espanha e China. Nessa ordem de ideias, apresentaram-se os projetos em tramitação no Brasil sobre herança digital.

No terceiro e último capítulo, visou-se averiguar a compatibilização de inúmeros direitos, princípios e ramos do Direito à realidade digital, a fim de que pudessem servir como parâmetros para a sucessão virtual, tais como princípios de Direito Autoral, de Direito de Personalidade, de Propriedade e de Direito do Consumidor no ambiente virtual, por meio da análise sistemática de julgados, da doutrina e da legislação já existente no ordenamento pátrio.

Com efeito, registrou-se que as regras imperativas e de ordem pública postas no sistema se impõem perante os contratos de prestação de serviços *online*, cujos termos de uso, por vezes, demasiadamente complexos, afrontam o sistema sucessório ao vedarem ou limitarem a transmissibilidade patrimonial dos usuários da rede.

O debate ficou centralizado em dois objetos principais: a proteção dos direitos de personalidade do usuário e de terceiros interlocutores no ambiente digital – a partir do olhar da legislação, da jurisprudência e da doutrina –; e a importância dos bens digitais.

Por fim, sem a pretensão de esgotar a problemática, mas admitindo algumas expectativas futuras de parâmetros para a herança digital, se desenvolveu uma argumentação a fim de fechar alguns pontos em aberto, no meio de tantas incógnitas que ainda cercam esse complexo mundo novo.

Dentre as conclusões, reputa-se essencial a ideia de que, apesar da vocação hereditária digital ser anômala ou qualificada, é possível encontrar algumas saídas para que os bens digitais não fiquem à mercê das plataformas digitais.

Para tanto, tratou-se da necessidade de que os gigantes da internet sejam obrigados a oferecer soluções em relação à herança digital em suas plataformas, já que o mercado não pode violar regras estatais, bem como da possibilidade de se realizar testamentos virtuais. Por outro lado, na falta de qualquer manifestação do usuário, é a regra que deve ser aplicada, qual seja: a sucessão universal e automática.

Posto isso, salientou-se que a ninguém é dado abusar do seu próprio direito, sob pena de reparação do prejuízo. Desse modo, se, eventualmente, herdeiros vilipendiarem a privacidade ou o direito ao segredo do falecido ou de terceiros, confrontarão as consequências de sua conduta. A par disso, apresentou-se Proposta de Emenda à Constituição (PEC 17/2019), que tornou a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, uma garantia fundamental.

Defendeu-se ao longo do trabalho que essas premissas basilares à dignidade do sujeito de direito valem sem ressalvas para a realidade digital, cujos bens digitais são passíveis de transmissão *causa mortis*, seja qual for modalidade de herança.

Diante do exposto, considera-se tão necessário que os sujeitos de direito assumam o protagonismo da sua existência sob todos os enfoques possíveis, sejam usuários ou terceiros interlocutores na rede. A responsabilidade pelo seu legado, analógico ou digital, deve ser assumida de forma livre e independente, sob pena de o rastro de uma vida ser, ao fim e ao cabo, assumido pelo Estado, cuja opção é notoriamente no sentido da plena transmissibilidade de todo o patrimônio aos herdeiros universais.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. São Paulo: Renovar, 2003.

BANTA, Natalie. Inherit the cloud: the role of private contracts in distributing or deleting digital assets at death. **Fordham Law Review**, v. 83, n. 2, art. 16, p. 799-854, nov. 2014.

BERLEE, Anna. Digital inheritance in the Netherlands. **Journal of European Consumer and Market Law (EuCML)**, p. 256-260, 6/2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3082802>. Acesso em: 25 set. 2021.

BEVILÁQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOLESINA, Iuri. **O direito à intimidade**: as inter-relações entre identidade, ciberespaço e privacidade. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRUNO, Fernanda. **Máquinas de ver, modos de ser**: vigilância, tecnologia e subjetividade. 1. ed. Porto Alegre: Sulina, 2013. (Coleção Cibercultura)

CADAMURO, Lucas Garcia. **Proteção dos direitos da personalidade e a herança digital**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

CORREIA, Luís Alberto Ribeiro. Contornos atuais sobre a sucessão testamentária. **Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**, v. 3, n. 16, p. 100-120, jan./fev. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: direito das sucessões. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 6.

FERNÁNDEZ-HIERRO, Maria; FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. **Boletín JADO**, Bilbao, ano VIII, n. 19, p. 17-80, maio/2010.

FRAGOSO, Rui Celso Reali. Sucessão legítima. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: RIASP, v. 7, n. 14, p. 52-58, jul./dez. 2004.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GURGEL, Hugo Pompeu Andrade. Direito internacional privado: sucessão internacional. **Revista Síntese: direito de família**, v. 18, n. 102, p. 14-33, jun./jul. 2017.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Morrer e suceder**: passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HORTON, David. The stored communications act and digital assets. **Vanderbilt Law Review**, v. 67, n. 6, art. 8, p. 1729-1939, nov. 2014.

KANG, Daiana. Legítima e planejamento sucessório. **Revista de Direito Privado**, v. 19, n. 92, p. 117-140, ago. /2018, São Paulo: RT.

KOLK, Kristen-Alex. **Digital inheritance in the European Union**. 2020. (Dissertação de Mestrado – Bachelor's thesis) – Tallinn University of Technology, Tallinn, 2020.

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

LEITE, Olga Fernandes de Moura. A sucessão legítima: a posição jurídica do cônjuge e do convivente após a decisão do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Privado**, v. 19, n. 92, p. 155-178, ago. 2018, São Paulo: RT.

LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. **Sucessão na empresa familiar: preparando as mudanças para garantir sobrevivência no mercado globalizado**. São Paulo: Atlas, 2005.

LIMA, Isabela Rocha. **Herança digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente**. 2013. (Monografia – Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduardo Cotta. **Holding familiar e suas vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

MARINO, Giuseppe. La “successione digitale”. **Osservatorio del Diritto Civile e Commerciale**, n. 1, p. 165-202, 2018, Società editrice il Mulino.

MARQUES, Cláudia Lima *et al.* **Contratos de serviços em tempos digitais: contribuição para uma nova teoria geral dos serviços e princípios de proteção dos consumidores**. São Paulo: Thomson Reuters/Revista dos Tribunais, 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MENDES, Laura Schertel Ferreira; FRITZ, Karina Nunes. Case report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **RDU**, Porto Alegre, v. 15, n. 85, p. 188-211, jan./fev. 2019.

MIKK, Tiina; SEIN, Karin. Digital inheritance: heirs' right to claim access to online accounts under Estonian Law. **Juridica International**, n. 27, p. 117-128, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 6.

MORAES, R. **Os direitos morais do autor**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. **Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015)**. 124th year. 8 mar. 2016. Disponível em: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>. Acesso em: 3 ago. 2021.

NERY, Maria Carolina. Sucessão de cônjuge e companheiro no direito alemão. **Revista de Direito Privado – RDPriv**, ano 19, n. 92, p. 179-190, ago. 2018, São Paulo: RT.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito de sucessões – processo judicial e extrajudicial de inventário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Euclides de. Sucessão legítima à luz do novo Código civil. *In: ENCONTRO DE DIREITO DE FAMÍLIA DO IBDFAM/DF*, 2, 2004, Brasília. **Anais [...]**. Brasília-DF: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

PATTI; Francesco Paolo; BARTOLINI, Francesca. Digital inheritance and *post mortem* data protection: the italian reform. **Bocconi Legal Studies Research Paper**, n. 3397974, p. 1-11, jun. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. VI.

PEREIRA, Gustavo Santos Gomes. **Herança digital no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

RESTA, Giorgio. La “morte” digitale. **II DIRITTO DELL'INFORMAZIONE E DELL'INFORMATICA**, fasc. 6, p. 891-920, 2014.

RIZOVA, Anna. **Data protection laws of the world: Bulgaria**. DLA Piper, 2021. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/index.html?t=law&c=BG>. Acesso em: 9 out. 2021.

RIZZARDO, Anna. **Direito das sucessões**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Notas sobre a identidade digital e o problema da herança digital: uma análise jurídica acerca dos limites da proteção póstuma dos direitos da personalidade na internet no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 17, ano 5, p. 33-59, out./dez. 2018, São Paulo: RT.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da (pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SIMEONOV & DERMENDJIEV LAW FIRMA. The new eu data protection regime in bulgarian law and practice. *In: THE HAGUE 2020 FIDE CONGRESSIONAL QUESTIONNAIRE*. 2020. Disponível em: https://www.ealg.com/uploads/m_Haberler/haber/The-New-EU-Data-Protection-Regime-in-Bulgarian-Law-and-Practice.pdf. Acesso em: 2 out. 2021.

SOUSA, Rabindran Valentino Aleixo Capelo de Sousa. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.

TARTUCE, Flavio. Fundamentos do direito das sucessões em outros sistemas e no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 25, n. 3, p. 117-140, jul./set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 7.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais**. 2. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.