REVISTA
DIREITO, INOVAÇÃO E REGULAÇÕES
I. DOUTRINA NACIONAL

2

DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA, TECNOLOGIA E A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PÓS MORTEM

FUNDAMENTAL RIGHTS TO HERITAGE, TECHNOLOGY AND THE GUARANTEE OF PERSONALITY RIGHTS ON POST-MORTEM

Sebastião Patrício Mendes Costa[1]
Maria Claudia Almendra Freitas Veloso[2]

1 Sebastião Patrício Mendes Costa. Doutor e Mestre em Direito (UNISINOS). Professor do Curso de Mestrado em Direito do PPGD/IMED, coordenador do Grupo de Pesquisas IAJUS – Inteligência Artificial e Direito. Sócio fundador da Associação Ibero-americana de Direito e Inteligência Artificial. Editor Chefe da Revista Brasileira de Direito e da Revista Brasileira de Direito e Inteligência Artificial. sebastiaocosta@ufpi.edu.br

2 Maria Claudia Almendra Freitas Veloso. Mestrando em Direito do PPGD da Faculdade Meridional - IMED, bolsista CAPES/PROSUP, membro do Grupo de Pesquisa IAJUS - Inteligência Artificial e Direito. mclaudiaf@hotmail.com

COSTA, Sebastião Patrício Mendes; VELOSO, Maria Claudia Almendra Freitas. **Direito fundamental à herança, tecnologia e a garantia dos direitos da personalidade pós mortem.** Revista Direito, Inovação e Regulações - Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL). Cascavel. Mai. 2022; V. 1 (2): 24-39.

RESUMO

Esse artigo investiga o cenário atual diante da transformação social no ciberespaço, tematizando a proteção jurídica da personalidade e o direito à herança digital. O Patrimônio digital sucessório é realidade e a tutela da transmissibilidade da herança no Brasil é ausente de sedimentação legal e jurisprudencial, gerando insegurança jurídica. Como objetivo principal, buscou-se analisar a proteção póstuma do direito fundamental à herança dentro dos novos limites impostos pelo ambiente digital, haja vista a real necessidade de um novo regramento. No que se refere aos aspectos metodológicos, este estudo constitui-se como exploratório e explicativo, com fulcro na abordagem qualitativa e no método hipotético-dedutivo. Para fundamentação teórica, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, com busca em sítios eletrônicos oficiais e em base de dados reconhecidas como a *Web of Science, Scopus, Scielo* Brasil *e EBSCO*. Ficou constatado neste estudo que, ao invés de se criar novas leis para atender as especificidades do direito à herança digital, é necessário apenas buscar a reconstrução dos institutos jurídicos existentes como, por exemplo, a refuncionalização do codicilo por ser menos formal e solene que um testamento. Isso tornaria o acesso após a morte mais célere, mais econômico e limítrofe.

Palavras-chave: constitucionalismo contemporâneo; herança digital; patrimônio digital sucessório; proteção *post mortem* da personalidade; sociedade da Informação.

ABSTRACT

This article investigates the current scenario in the face of social transformation in cyberspace, focusing on the legal protection of personality and the right to digital inheritance. The succession digital heritage is a reality and the protection of the transferability of inheritance in Brazil is absent from legal and jurisprudential sedimentation, generating legal uncertainty. The main objective was to analyze the posthumous protection of the fundamental right to inheritance within the new limits imposed by the digital environment, given the real need for a new regulation. Regarding methodological aspects, this study is exploratory and explanatory, with a focus on the qualitative approach and the hypothetical-deductive method. For theoretical foundation, bibliographical research was used, with search in official websites and in recognized databases such as Web of Science, Scopus, Scielo Brasil and EBSCO. It was found in this study that, instead of creating new laws to meet the specifics of the right to digital inheritance, it is only necessary to seek the reconstruction of existing legal institutes, for example, the refunctionalization of the codicil because it is less formal and solemn than a testament. This would make access after death faster, more economical and borderline.

Keywords: contemporary constitutionalism; digital inheritance heritage; digital heritage; information society; post-mortem protection of personality;.

INTRODUÇÃO

Desde sempre, a sociedade enfrenta problemas tecnológicos a serem resolvidos pelo ordenamento jurídico. São discussões que eram vistas como ficção científica e hoje estão dentro do nosso cotidiano. Uma parte da doutrina declara que o direito digital pode ser interpretado de acordo com as bases tradicionais do direito posto, diante de um recorte fático novo, outra

parcela acredita numa ruptura dos institutos jurídicos existentes para a criação de leis mais modernas.

Segundo Stefano Rodotà (2008, p. 17), "[...] a tecnologia salvou o Direito Civil assim como a ética salvara, no passado, a filosofia". É notório o impacto da tecnologia em todos os ramos do direito civil, inaugurando um novo paradigma nos conceitos de nascimento, família, bens, propriedade, identidade, finitude, existência, morte. Nesse cenário, a inteligência humana está sendo demandada para equacionar problemas resultantes da inteligência artificial nas relações privadas.

As pessoas estão se realizando nessas plataformas, que não é mais um terreno exclusivamente comercial. Existe também uma projeção pessoal da personalidade no ambiente digital, que não precisa ser igual ao da realidade, possibilitando um controle e uma arquitetura na construção dessa identidade que pode ser infinita e atemporal.

Uma publicação na internet que lese um direito da personalidade viabiliza um resgaste constante dessas informações que foram inseridas em momentos e locais diversos, acarretando um potencial de dano superior. Quando se traz essa questão para uma realidade pós-morte, a situação se agrava, devido a sua ausência, o que gera uma temeridade.

Além disso, a pandemia marcou o fim do século XX. Foram inseridos vários aparatos tecnológicos na rotina das pessoas que aderiram a essas inovações sem pensar nas consequências que esse mundo virtual traz. Em todo contrato, seja expresso ou tácito, existem direitos e obrigações. São inúmeras plataformas sociais, desse modo é preciso discutir e legislar, pois não tem como voltar atrás.

A sociedade passou a ressignificar a morte e sua finitude. É uma tendência, no direito contemporâneo humanizado, voltar a atenção para o sujeito concreto, não somente ao abstrato. É inerente ao conceito da lei o aspecto geral e abstrato. Quando se trata de direito sucessório, é imperioso contemplar necessidades concretas. O vínculo abstrato às vezes não reflete o que acontece na sociedade e na distância do conceito de justo.

Portanto, a existência da pessoa humana no ciberespaço merece ser protegida. A possibilidade intensa e rápida de compartilhamento e a vida *on-line* geram uma maior vulnerabilidade aos direitos da personalidade com reflexos significativos ao direito fundamental à herança. O desafio é detectar transmissibilidade dos bens digitais existenciais na era da sociedade da informação.

A discussão dessa temática tem grande relevância em âmbito social, pois as projeções pessoais após a morte são de interesse coletivo. Ao tutelar a herança digital, o legislador protege a humanidade e não apenas o indivíduo. Por mais que o indivíduo desapareça, aquilo que o fez

humano permanece na imortalidade do ciberespaço. Além disso, pauta-se na transversalidade de suas concepções, haja vista que dialoga com os fundamentos não somente do direito, mas também da bioética, da tecnologia, entre outras áreas.

Com base nessas considerações, emergem as seguintes questões: a legislação brasileira atual está apta a garantir a transmissibilidade e efetividade do direito fundamental à herança ou serão necessários institutos jurídicos mais específicos? A herança digital vem sendo protegida como um direito fundamental diante da vulnerabilidade do ambiente digital? Como ocorre a transmissibilidade das redes sociais diante da legislação atual sobre o direito de herança? Será que essa legislação está apta a garantir o direito de herança no que diz respeito às redes sociais?

Nesse sentido, tem-se como objetivo principal analisar a proteção póstuma do direito fundamental à herança dentro dos novos limites impostos pelo ambiente digital, haja vista a real necessidade de um novo regramento. Especificamente, busca-se identificar os novos desafios do Estado Democrático de Direito na Sociedade de Informação; compreender a controvérsia doutrinária e jurisprudencial nacional e internacional quanto à transmissibilidade do legado digital *post mortem;* analisar a regulamentação efetiva do acervo digital do falecido, considerando os direitos fundamentais à herança e os direitos da personalidade.

No que se refere aos aspectos metodológicos, este estudo constitui-se como exploratório e explicativo, com fulcro na abordagem qualitativa e no método hipotético-dedutivo. Para fundamentação teórica, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, com busca em sítios eletrônicos oficiais e em base de dados reconhecidas como a *Web of Science, Scopus, Scielo* Brasil *e EBSCO*.

1 A DIGITALIZAÇÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Lima e Costa (2019), ao definirem a Sociedade de Conhecimento, declaram que há uma coexistência entre inovação e sociedade. Nesse sentido, eles afirmam que:

> Há, em verdade, uma relação de mão dupla entre a inovação e a sociedade, tendo em vista que a inovação surge das necessidades do contexto social, ao passo que, concomitantemente, molda as diversas relações que perpassam por esse contexto, sejam elas políticas, econômicas, sociais e/ou jurídicas. (LIMA; COSTA, 2019, p. 173).

Assim, novos paradigmas são rompidos, ocorrendo uma verdadeira metamorfose (Ulrich Beck), perecendo as velhas certezas da sociedade moderna. Além disso, Lima e Costa (2019) acrescentam que, devido ao impacto sistêmico, existe uma demanda não somente para

inovações tecnológicas, mas também para inovações sociais, gerando transformações no sistema jurídico que se modifica para se enquadrar nesta sociedade de conhecimento.

> À luz das aludidas premissas, as implicações da Sociedade do Conhecimento no direito podem ser delineadas sistematicamente da seguinte forma: (a.) os novos parâmetros fáticos para aplicação do direito já posto, exigindo sua readequação; (b.) a existência de fatos que passam a ter relevância jurídica pelo avanço técnico-científico; (c.) a necessidade da tomada de decisão jurídica em um cenário de incerteza e risco, bem como; (d.) a elaboração de normas jurídicas gradativamente vem sendo condicionada para atender os interesses de uma inovação guiada pela economia. (LIMA; COSTA, 2019, p. 173).

Portanto, como o direito está inserido neste contexto social, ele não é somente movido pela inovação, como também atribui relevância jurídica para essa transformação.

Arnold Reiner (2018, p. 315) acrescenta que esses fenômenos modernos da era digital possuem um peso muito especial na área dos direitos fundamentais. Assim, ele assevera que:

> A digitalização é de extrema importância para o Estado e para a sociedade. No direito constitucional a área dos direitos fundamentais é particularmente afetada por isso. A solução para as questões decorrentes desses novos desenvolvimentos tecnológicos pode ser encontrada com a ajuda dos conceitos constitucionais desenvolvidos até agora, que ampliam a função dos direitos fundamentais. Assim, não há mudança no direito constitucional, mas os princípios desenvolvidos pela jurisprudência, em especial pelo Tribunal Constitucional Federal, têm se mostrado úteis para regular adequadamente novos desenvolvimentos.

Somando-se a isso, Hoffmann-Riem (2020, p. 41) bem observa: "as possibilidades e necessidades regulamentares devem ser analisadas para cada área específica, tendo em vista as oportunidades e riscos nas respectivas áreas e as condições de enquadramento aí aplicáveis". Para esse Professor Alemão, as "regras digitais" são "regras para a ação" que se constituem socialmente, tornando possível a transformação de normas jurídicas em normas digitais, observando as distinções estruturais.

Ao comentar Hoffmann-Riem, Adolfo e Weschenfelder (2021) declaram que as fontes normativas, que podem resguardar esses direitos e interesses, no contexto digital, encontram-se nos princípios constitucionais, no Estado Democrático de Direito, no Estado de Bem-Estar e na noção de proteção das liberdades civis, e acrescentam:

> Sublinha-se a importância de horizontes construtores de novos formatos normativos, a partir, por exemplo, das Constituições, das Convenções de Direitos Humanos e dos pactos de direitos humanos da ONU, pois esses textos normativos preservam garantias tradicionalmente conjugadas para qualquer circunstância histórica – a proteção à dignidade da pessoa humana, a liberdade de comunicação, a proteção da personalidade, a liberdade profissional, a liberdade de religião e de propriedade, entre outras. Essas previsões normativas não necessitam de 'modificações'; são, com efeito, aplicáveis e devem ser observadas em qualquer contexto, seja ele digital, ou não, on-line ou off-line. O ponto, portanto, é a impossibilidade de prever todas as condições e possibilidades que a digitalização promove e promoverá. Precisa-se, não obstante, de um cuidado específico, envolto a cada 'segmento' digitalizado ou a ser digitalizado. (ADOLFO; WESCHENFELDER, 2021, p. 412).

No campo do Direito Civil, Karina Nunes Fritz (2021) aponta que essa transformação impõe desafios para o Direito, que passa a se deparar com situações ainda pouco vivenciadas e reguladas. No campo do Direito Civil, há grande discussão sobre o que são bens digitais e sobre a viabilidade de uma herança digital, isto é, sobre a possibilidade de a sucessão universal incluir também bens digitais, assim como direitos e obrigações derivados dos serviços digitais utilizados pela pessoa falecida.

Adolfo e Weschenfelder (2021, p. 414) concluem que, mesmo com inúmeros desafios de uma sociedade demasiadamente complexa, o ordenamento jurídico democrático é imprescindível, diante dos riscos advindos da tecnologia:

> De um escopo global e societal, os riscos atrelados às novas tecnologias, especialmente essas, voltadas aos 'aspectos comportamentais' das pessoas, precisam ser adequadamente ponderados. Nós, humanos, somos muito mais complexos – e temos, igualmente, realidades muito mais complexas – em comparação com as inferências que tais tecnologias podem, atualmente, observar e 'criar' sobre nós. O Direito com suas particularidades hermenêuticas é insubstituível.

Portanto, é necessária a ampliação do debate sobre a temática com a participação do Estado e da sociedade no sentindo de criar soluções que conjuguem essa transformação social com o Estado Democrático de Direito.

2 A TRANSMISSIBILIDADE DA HERANÇA DIGITAL FRENTE À TUTELA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

Em geral, o primeiro questionamento que se faz sobre herança digital é identificar o conceito de bens digitais. Bruno Zampier (2021, p. 63-64) identifica como sendo

> [...] aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na internet por um usuário, constituindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico.

Dessa definição, já é possível extrair que nem todo o acervo digital possui um valor econômico.

Zampier (2021) acrescenta que os bens digitais podem ser classificados em três diferentes categorias: bens digitais patrimoniais apresentam-se como aqueles que possuem natureza econômica, a exemplo das criptomoedas e dos avatares em jogos virtuais; já os bens digitais existenciais ou sensíveis, que são os bens de natureza personalíssima, podendo ser exemplificados por meio dos arquivos em nuvens, *e-mails* e perfis em redes sociais de pessoas não famosas; por fim, os bens digitais de caráter híbrido, que apresentam conteúdo de natureza econômica e personalíssima, como ocorre com os perfis de influenciadores digitais.

Leal, Burille e Honorato (2021, p. 8) listam três abordagens doutrinárias diversas para solucionarem essas indagações. A primeira corrente, a qual ela defende, seria da exclusão dos bens sensíveis da herança:

> Os bens com conteúdo econômico transmitem-se automaticamente aos herdeiros do titular, ressalvando-se aqueles bens nos quais, na oportunidade da aquisição, restou claro e evidente que o consumidor estava adquirindo o direito de uso e não a propriedade do bem. Contudo, os bens digitais de cunho existencial ou personalíssimos só se transmitiriam aos herdeiros (i) por consentimento deixado em vida pelo titular e (ii) quando esse consentimento não violar a intimidade e/ou a privacidade de terceiros. Portanto, em regra, tais bens não seriam transmitidos automaticamente aos herdeiros. No que tange aos bens de natureza híbrida, não haveria óbice para a transmissão automática do conteúdo patrimonial aos herdeiros, devendo, apenas, ser vedado o acesso ao conteúdo de ordem existencial ou que envolvam direitos de terceiros (a exemplo das mensagens privadas trocadas pelo titular e seus interlocutores).

Essa é a corrente majoritária na doutrina civilista no Brasil. Para os autores que defendem esse posicionamento, a existência de bens que representam a extensão da privacidade do falecido, ou seja, de caráter personalíssimo, são intransmissíveis, salvo disposição de última vontade, sob o argumento que a transferência dos bens digitais sensíveis poderia violar a proteção à privacidade do *de cujus* ou de terceiros.

Tal posicionamento está em conformidade com o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão proferida no Processo nº 1119688-66.2019.8.26.0100.1, julgado no dia 09.03.2021, por meio do qual se debateu sobre a ausência de ato ilícito na conduta do *Facebook* que excluiu o perfil de usuária falecida, negando acesso à mãe que perdeu a filha precocemente, a qual postulou uma ação de obrigação de fazer cumulada com o pedido de indenização por danos morais pelo ocorrido.

Leal, Burille e Honorato (2021, p. 8) resumem o acordão com os argumentos seguintes:

> [...] (i) o acesso ao perfil da usuária falecida pela autora, por si só, já configuraria violação aos termos de uso da plataforma, justificando a remoção do perfil pela plataforma, por denúncia ou ofício, mediante a detecção de comportamentos irregulares pelos operadores da plataforma; (ii) ainda que a usuária falecida tivesse escolhido a autora como seu contato herdeiro, o login ao perfil da filha permaneceria vedado pela plataforma, que restringe, até mesmo ao contato herdeiro, o acesso a determinadas informações; e (iii) inexistente a manifestação de vontade do titular da conta, devem valer as regras previstas nos termos de uso das plataformas, quando alinhados com o ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, considerando que não há notícia de exploração econômica por meio do perfil de titularidade da filha falecida da Requerente, o Tribunal entendeu que o bem digital estaria enquadrado como existencial, sendo, portanto, excluído da herança.

A segunda corrente defende a transmissibilidade universal de todo o patrimônio digital aos seus herdeiros e de forma automática, assim como acontece com o conteúdo analógico.

Com isso, não faz a distinção entre o acervo digital de natureza econômica ou personalíssima, salvo disposição de última vontade.

Adepta a esse entendimento, Karina Fritz (2021, p. 1) comenta o primeiro caso com repercussão internacional de reconhecimento jurídico da transmissibilidade universal da herança digital dos herdeiros dos usuários das redes sociais. “Os pais de uma adolescente de 15 anos, falecida em um acidente no metrô de Berlim, em 2012, entraram com uma ação contra o *Facebook*, alegando terem sido impedidos de acessar a conta da filha, que havia sido transformada em ‘memorial”. A citada autora declara que:

> No leading case, o Tribunal alemão decidiu que, em respeito aos princípios da autonomia privada e autodeterminação, cabe ao titular decidir o destino da herança digital, vedando sua transmissão ou indicando um responsável para ter acesso e dar destino ao conteúdo digital. (FRITZ, 2021, p. 4).

Assim, para o *Bundesgerichtshof,* se o titular da conta nada dispuser a respeito da sua herança digital, incide a regra geral vigente no Código Civil Alemão que confere aos herdeiros o poder de tomar essa decisão. Schertel e Fritz (2019, p. 14) resumem a decisão:

> Em síntese, a Corte Federal alemã reconheceu a pretensão dos pais, herdeiros únicos da menor, de ter acesso à conta e a todo o conteúdo nela existente, uma vez que essa pretensão decorre do contrato de consumo (contrato de utilização) existente entre a adolescente e o Facebook, o qual é transmissível aos herdeiros com a morte. Para a Corte, o direito sucessório à herança digital não se opõe aos direitos de personalidade post mortem da falecida, ao direito geral de personalidade do de cujus ou dos terceiros interlocutores, ao sigilo das comunicações, nem tampouco às regras sobre proteção de dados pessoais.

Para elas, a decisão do BGH é um recado claro: na Alemanha, vige o princípio da sucessão universal, que determina a transmissão automática da herança (analógica ou digital) aos herdeiros, salvo declaração expressa do falecido em sentido contrário, exarada em documento hábil.

Por fim, Fritz (2021, p. 5) conclui que “é indiscutível na Alemanha que documentos existenciais como cartas e diários são transmissíveis aos herdeiros, ainda quando contenham informações íntimas e confidenciais, envolvendo terceiros”. E completa: “Se o que se visa tutelar é o caráter existencial do conteúdo, protegendo-se a privacidade, intimidade e personalidade do morto ou de terceiros, essa tutela teria que ser feita independentemente do meio no qual esse conteúdo personalíssimo se materializa.” Disso, depreende-se que as regras, os princípios e os valores existentes no direito sucessório alemão garantem a transmissibilidade do patrimônio existencial analógico e digital.

Na mesma direção, posiciona-se Flávio Tartuce (2005, p. 12), adiantando que o princípio da sucessão não distingue a natureza dos bens.

> À mingua de normatividade específica, sustento que a resposta imediata a esse desafio será admitir, no efeito da transmissão imediata aos herdeiros legítimos dos bens da herança (art. 1.784 do CC), a acepção do 'todo unitário' constante do art. 1.791 do Código Civil. Tem-se em conta que a herança digital também nele se contempla.

Na mesma direção da Alemanha, a Espanha também já se manifestou quanto à regra da sucessão universal dos bens. Conforme destaca Fritz (2021, p. 7):

> Na Espanha, a Ley Orgánica de Protección de Datos y de Garantías de los Derechos Digitales, em vigor desde 25/5/2018, prevê expressamente no art. 96 que as pessoas ligadas ao falecido por razões familiares ou de fato e os herdeiros podem sucedê-lo nas redes sociais, correio eletrônico ou serviços de mensagens instantâneas como o WhatsApp, salvo disposição expressa em contrário do falecido ou da lei (art. 96, inc. 1, alínea a).

Nessa senda, o ordenamento jurídico italiano possui o mesmo posicionamento do Tribunal Alemão. De acordo com Patti e Bartolini (2019, p. 2), as soluções adotadas pelo acórdão alemão parecem também funcionar adequadamente no sistema jurídico italiano. É possível, portanto, afirmar que, em um caso hipotético, análogo, os juízes italianos teriam decidido como os juízes alemães fizeram com relação ao princípio da sucessão universal e à aplicação de regras em termos injustos.

Portanto, não haveria a diferença entre bens de natureza patrimonial e bens existenciais. A terceira corrente defende a impossibilidade de transmissão do conteúdo digital de qualquer natureza, por serem contratos personalíssimos e intransferíveis. Segundo Leal, Burille e Honorato (2021), esses contratos entre as plataformas e o usuário não geram o direito a titularidade, mas apenas o direito de uso daquela, extinguindo-se com a morte do usuário.

Já para Karina Fritz (2021), esses contratos não se encerram com a morte do usuário, ou seja, o contrato de utilização estabelecido entre o usuário e o *Facebook* não se extingue com a morte do titular da conta, mas é transmitido automaticamente aos herdeiros no instante da morte. Eles passam, então, a assumir a posição jurídica do usuário falecido na relação contratual, como acontece comumente no plano sucessório, e adquirem, em princípio, a legítima pretensão de acessar a conta e todo o conteúdo digital lá armazenado.

A doutrinadora acrescenta que essa pretensão decorre de um contrato de consumo nulo, por possuir cláusulas abusivas, uma vez que tais regramentos foram impostos de maneira unilateral pela plataforma.

Segundo Fritz (2021, p. 7), esse posicionamento tornaria as plataformas digitais herdeiras do maior patrimônio digital da humanidade:

> De posse desses dados, o *Facebook* terá no futuro não apenas a chave de um grande cemitério virtual. Ele terá a chave do maior arquivo digital sobre a história humana, o que lhe dará incalculável poder econômico, político e social.

Dessa maneira, um terceiro seria o legítimo sucessor e o responsável por fazer a divisão entre os conteúdos de natureza patrimonial e pessoal do falecido para a transmissibilidade.

É imperioso ressaltar que um estudo da Universidade de Oxford, divulgado em 2019, mostrou que o *Facebook* continua utilizando os dados dos usuários falecidos e de seus contatos mesmo após a morte. Para o doutrinador português, Navega (2014, p. 52):

> Nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, os direitos da personalidade possuem um eixo central de fundamento constitucional preconizado no princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido nos artigos 1º e 7º, III, dos respectivos textos constitucionais.

Navega (2014) ainda complementa que, com a ideia de herança moral, a morte tem como consequência lógica a impossibilidade de a pessoa ser titular de algum direito, não participando mais de qualquer relação jurídica. O prolongamento dos direitos da personalidade para após a morte enseja, necessariamente, uma postergação do patrimônio moral de uma pessoa.

Nesse sentido, segundo o supracitado autor, o direito sucessório contemporâneo "[...] deve enfrentar não somente as questões relacionadas à transferência *mortis* causa de natureza patrimonial". Ressalta ainda que é necessária a aplicação dos principais regramentos, "[...] desde que compatíveis, com a sucessão pessoal dos direitos da personalidade. O grande obstáculo de hoje neste tema é compatibilizar as tradições patrimonialistas com os direitos da personalidade" (NAVEGA, 2014, p. 140).

Na verdade, os direitos fundamentais devem ser respeitados em todos os ambientes, inclusive no mundo virtual. Para Magalhães (2018), tanto o direito fundamental à herança quanto os direitos da personalidade são indispensáveis, não existindo graduação entre eles:

> Ambos os direitos são fundamentais, tanto no aspecto formal quanto no material, porque além de estarem presentes na nossa Constituição Federal, o conteúdo deles está intrinsecamente ligado aos valores de nossa sociedade, então são direitos essenciais. Como não há hierarquia entre eles, deverá ser utilizada a técnica da ponderação, sendo que o que se busca não é dizer que um destes direitos sempre deverá estar acima do outro, a ideia é que analisando a questão da privacidade e o direito de herdar dos sucessores, possamos estabelecer qual princípio deveria prevalecer sobre o outro neste caso.

Dessa maneira, nem sempre é fácil criar a fronteira entre o direito fundamental à herança e o direito fundamental a privacidade. Corroborando esse entendimento, Goulart (2012), compreende que, com o avanço do instituto da herança digital, é imperioso destacar que as novas tecnologias ampliam os direitos humanos e fundamentais. Para ele, tal cenário, inclusive, reverbera a consideração da doutrina constitucional moderna em defender a 5° geração/dimensão dos direitos fundamentais, vinculados ao uso dessas novas tecnologias e as peculiaridades da era digital.

Diante desse cenário de ressignificação da morte, depreende-se que a única unanimidade sobre a temática é a de que, em torno da questão da transmissão da herança digital, existe uma vasta controvérsia doutrinária não só nacional, como também internacional. Além disso, no Brasil, inexiste jurisprudência pacífica quanto à herança digital, o que gera um cenário de insegurança jurídica e a crescente procura pelo Judiciário para solucionar a demanda.

3 A VULNERABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA E A INSEGURANÇA JURÍDICA NO CONTEXTO ATUAL

Apresentado o dissenso na doutrina civilista nacional e o tratamento jurídico dos casos ora examinados, cumpre abordar as possibilidades legislativas referentes à transmissibilidade dos bens digitais, quando da morte do seu titular e a sua efetividade na resolução do atual contexto brasileiro de insegurança jurídica quanto à transferência do legado digital aos herdeiros.

Para Sarlet (2018, p. 23), o Brasil carece de uma regulamentação específica com relação à tutela dos direitos da personalidade no mundo virtual após a morte. Ou seja:

> Inconteste é que apesar dos esforços para a produção do Marco Civil da Internet e do que se depreende do teor do texto constitucional, da legislação civil e da legislação consumeirista, da Lei de Acesso à Informação e da consagração constitucional do instituto do Habeas Data, ainda restam inúmeros vácuos em relação às questões envolvendo tanto à dimensão póstuma da personalidade quanto à herança digital.

Nessa mesma linha, Chehab (2015, p. 56):

> Na medida em que falta no Brasil uma legislação específica para casos de herança digital, a aplicação pura e simples dos direitos sucessórios na seara do universo digital, além de não alcançar as especificidades do tema, abalaria tanto a esfera dos direitos da personalidade como alguns valiosos direitos e princípios constitucionalmente assegurados.

Na contramão da lei alemã, o sistema legal italiano estabelece um regime específico de proteção de dados para os falecidos. Se é verdade que a recente reforma italiana parece atingir seus objetivos (alinhando regras para a prática e reforçando a liberdade do falecido), "[...] deve-se notar também que ela não prevê uma clara coordenação entre a lei de proteção de dados e a lei geral na lei de hereditância" (PATTI; BARTOLINI, 2019, p. 2).

Em sentido oposto à necessidade de novas legislações sobre herança digital, Karina Fritz (2021, p. 8) declara que, no Brasil, inexiste lei expressa a esse respeito, apesar da previsão expressa do art. 1.784, do Código Civil de 2002. Desse modo, que inexiste, de fato, é jurisprudência formada sobre a matéria. O que há são "[...] algumas decisões isoladas, mas preocupantes, porque têm aceito, sem mínima reflexão crítica, o discurso da proteção da

privacidade e de dados pessoais encampado pelo Facebook.” A doutrinadora alegou que o risco é a substituição do direito posto (art. 1784 do Código Civil de 2002) pelo direito imposto, por meio de cláusulas contratuais, a partir dos grandes conglomerados.

Adequado é sublinhar o teor do recente Projeto de Lei n° 1689/2021, que propõe a alteração do Código Civil, para dispor sobre perfis, páginas, contas, publicações e dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos ou codicilos.

Esse Projeto de Lei n° 1689/2021 prevê a inclusão dos arts.1791-A e 1863-A e o §3° ao art.1857 do Código Civil, com as seguintes redações:

> Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos.
> Art. 2º Incluam-se os arts. 1.791-A e 1863-A e acrescente-se o § 3º ao art. 1.857 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com as seguintes redações:
> Art. 1.791-A Incluem-se na herança os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do falecido em provedores de aplicações de internet.
> § 1º O direito de acesso do sucessor à página pessoal do falecido deve ser assegurado pelo provedor de aplicações de internet, mediante apresentação de atestado de óbito, a não ser por disposição contrária do falecido em testamento.
> § 2º Será garantido ao sucessor o direito de, alternativamente, manter e editar as informações digitais do falecido ou de transformar o perfil ou página da internet em memorial.
> § 3º Morrendo a pessoa sem herdeiros legítimos, o provedor de aplicações de internet, quando informado da morte e mediante apresentação de atestado de óbito, tratará o perfil, publicações e todos os dados pessoais do falecido como herança jacente, consignando-os à guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.
> Art. 1.857 § 3º A disposição por testamento de pessoa capaz inclui os direitos autorais, dados pessoais e demais publicações e interações do testador em provedores de aplicações de internet.
> Art. 1863-A O testamento cerrado e o particular, bem como os codicilos, serão válidos em formato eletrônico, desde que assinados digitalmente com certificado digital pelo testador, na forma da lei. (NR)
> Art. 3º Altere-se o art. 41 da Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que passa a ter a seguinte redação:
> Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor, incluindo suas publicações em provedores de aplicações de internet, perduram por setenta anos contados de 1° de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil.

Como uma possível solução para o imbróglio, Sarlet (2018) menciona o testamento como ato de disposição de última vontade, capaz de prevenir um litígio, respeitando o princípio da autodeterminação informativa e os outros direitos fundamentais sensíveis ao tema. Além disso, a doutrinadora elenca a tendência mundial à adoção do sistema *DAP trust*, que permite ao usuário escolher uma pessoa ou empresa para gerenciar os dados digitais após o seu óbito e, por fim, defende a ideia de condição prévia de uma cláusula de criação de um testamento virtual para abertura de conta na internet.

No direito comparado, o testamento também é ponderado como uma possível solução para transmissibilidade do patrimônio digital. Nesse sentido, Navega (2014) dispõe que a

legislação brasileira possui diversas regras, das quais é possível extrair características de extra patrimonialidade em disposições testamentárias, como a possibilidade do reconhecimento de paternidade (art. 1°, III, da Lei no 8.560/92) e o próprio dispositivo do CCB (art. 1.857, parágrafo 2°), que permite a existência de um ato de última vontade com características não patrimoniais. Esse regramento também existe no n. 2 do artigo 2.179 do Código Civil português, inspirado no artigo 587 do Código Civil italiano, segundo o qual existe a possibilidade de inclusão de disposições de natureza não patrimonial no testamento.

Karina Fritz (2021, p. 8) acrescenta a procuração como meio de solução mais econômico e mais prático, objetivando "[...] afastar a transmissibilidade da conta da rede social, o titular deve – em vida – vedar expressamente o acesso dos herdeiros à conta", ou seja, "[...] afastar a transmissibilidade via herança do acervo digital, sob pena de que ele seja automaticamente transferido aos sucessores, como ocorre com a abertura da sucessão". Desse modo, o procedimento "pode ser feito em testamento ou em qualquer outro documento que comprove a intenção inequívoca do autor da herança digital de impedir sua transferência aos sucessores." Nesse mesmo sentido, Leal, Burille e Honorato (2021, p. 207) acrescentam:

> Para além dessas possibilidades, já existem empresas que oferecem como serviço o auxílio na projeção das contas virtuais, a exemplo dos portais Testamento Virtual ou *Secure Safe*, que permitem aos usuários a inclusão de logins e senhas de determinadas plataformas para que os herdeiros ou legatários acessem suas contas pós-morte, quando somente então terão acesso a tais dados.

Em caso de conflito, compreendem-se as vias "[...] tradicionais de planejamento sucessório devem ter primazia sobre aquelas vontades manifestadas através das próprias plataformas digitais, sem desconsiderar a validade destas quando não estiverem em confronto com aquelas" (LEAL; BURILLE; HONORATO, 2021, p. 207).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A expansão da internet, a virtualização dos múltiplos aspectos da vida civil e a ressignificação da morte no ciberespaço têm gerado uma reformulação do direito fundamental à herança, em especial na transmissibilidade do legado digital frente à tutela de determinados direitos da personalidade.

No Brasil, alega-se faltar lei expressa a respeito, apesar da clara dicção do art. 1.784 do Código Civil. O que inexiste, de fato, é jurisprudência pacífica sobre a matéria, havendo apenas algumas decisões isoladas, mas preocupantes, porque têm aceito, sem mínima reflexão crítica, o discurso da proteção da privacidade e de dados pessoais encampado pelas plataformas digitais.

A situação é de insegurança jurídica. A herança digital termina por ser regulada por uma questão de sorte. Parte da doutrina suspeita que essa demanda não estabeleça apenas um confronto pela proteção dos dados pessoais e, sim, uma briga para saber com quem vai ficar esse patrimônio.

Antes de qualquer resposta teórica, existe uma necessidade social de amparo, haja vista que não é somente o indivíduo que precisa ser juridicamente protegido, mas a própria humanidade. Portanto, são situações que merecem ser tuteladas, independentemente de ter um indivíduo sob o ponto de vista físico.

A legislação atual está apta a garantir a transmissibilidade e a efetividade do direito de herança. Ao invés de criar novas leis, é necessário apenas buscar a reconstrução dos institutos jurídicos existentes como, por exemplo, a refuncionalização do codicilo por ser menos formal e solene que um testamento. Isso tornaria o acesso após a morte mais célere, mais econômico e limítrofe.

Urge estimular o planejamento sucessório no Brasil, sobretudo o testamento e o codicilo virtual, em conjunto com o entendimento prolatado no *leading case* alemão, admitindo-se a sucessão universal dos herdeiros, salvo disposição em contrário. Essa conclusão se firma no parecer que permite segurança jurídica e efetividade desse enigma da sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; WESCHENFELDER, Lucas Reckziegel. **Direito e digitalização:** uma introdução a partir da obra teoria geral do direito digital – transformação digital – desafios para o direito, de Wolfgang Hoffmann-Riem. Revista da AJURIS, v. 47, n. 149, p. 409-418, 2021.

ALEMANHA. **Bundesgerichtshof**. v. 12.07.2018, III ZR 183/17. Disponível em: https://datenbank.nwb.de/ Dokument/Anzeigen/741207/. Acesso em: 18 abr. 2021.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: os novos conceitos para uma nova realidade.** 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **A privacidade ameaçada de morte**. Ed. São Paulo: LTr, 2015.

DONEDA, D. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico Journal of Law (EJJL), [S. l.], v. 12, n. 2, p. 91-108, 2011. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 2 dez. 2021.

FRITZ, Karina Nunes. **Herança digital: Corte alemã e TJ/SP caminham em direções opostas. 2021.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/amp/coluna/german-report/345287/heranca-digital-corte-alema-e-tj-sp-caminham-em-direcoes-opostas. Acesso em: 2 dez. 2021.

GOULART, Guilherme Damasio. **O impacto das novas tecnologias nos direitos humanos e fundamentais:** o acesso à internet e a liberdade de expressão. REDESG – Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 1, n. 1, jan.jun/2012.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. **Teoria geral do direito digital – transformação digital – Desafios para o direito.** Rio de Janeiro: Forense, 2020.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. **Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas: reflexões jurídicas a partir do caso Gugu Liberato.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil, Belo Horizonte, v. 23, p. 155-173, jan./mar. 2020. DOI:10.33242/rbdc.2020.01.008

KELLER, Marn. Digitales Erber auf Facebook. **Was passiert mit den Daten verstorbener Facebook-Nutzer?** 2019. Disponível em: *https://www.pcspezialist.de/blog/2019/05/10/digitales-erbe-facebook/* Acesso em: 30 nov. 2021.

LEAL, Livia Teixeira; BURILLE, Cíntia; HONORATO, Gabriel. **Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida?** Comentários ao acórdão proferido na apelação cível nº 1119688-66.2019. 8.26. 0100 (TJSP). Revista Brasileira de Direito Civil-RBD Civil, v. 28, n. 2, p. 207, 2021.

LIMA, Manuela Ithamar; COSTA, Sebastião Mendes da. **Direito, inovação e ciência: possibilidades e desafios da sociedade do conhecimento**. Revista Jurídica Eletrônica da UFPI, v. 6, n. 01, p. 173, 2019.

MENDES, Laura Schertel; FRITZ, Karina. **Case report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital**. Direito UNIFACS– Debate Virtual, n. 225, 2019.

MINAS GERAIS. **Projeto de Lei nº 1689/21**. Apensado ao PL 3050/2020. Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Autoria de Alê Silva (PSL-MG). Disponível em*: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2280308.* Acesso em: 29 nov. 2021.

NAVEGA, Leandro Silva. **Herança Moral** - A Ofensa ao Bom Nome ou ao Crédito das Pessoas Falecidas. 155 f. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34830/1/Heranca%20Moral%20A%20Ofensa%20ao%20Bom%20Nome%20ou%20ao%20Credito%20das%20Pesoas%20Falecidas.pdf.> Acesso em: 18 nov. 2021.

PATTI, Francesco Paolo; BARTOLINI, Francesca. **Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection**: The Italian Reform. European Review of Private Law (ERPL), Forthcoming, Bocconi Legal Studies Research Paper, n. 3397974, june 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3397974>. Acesso em: 2 dez. 2021.

REINER, Arnold. **The Internationalization of the Protection of Fundamental Rights in Germany.** Annales Universitatis Apulensis Series Jurisprudentia, v. 21, p. 315, 2018.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, Stefano. **La conservación de los datos de tráfico en las comunicaciones electrónicas**. En: Segundo Congreso sobre Internet, derecho y política: análisis y prospectiva [monográfico en línea]. IDP. Revista de Internet, Derecho y Política. Nº 3. UOC, 2006. Disponível em: file:///C:/Users/Jeferson/AppData/Local/Temp/49964-Text%20de%20l'article-51073-1-10-20061010.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível n. 1119688-66.2019.8.26.0100**. Rel. Des. Francisco Casconi, j. 9.3.2021. p. 80. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179516485/apelacao-civel- ac-11196886620198260100-sp-1119688-6620198260100>. Acesso em: 19 nov. 2021.

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-RDCC (Journal of Contemporary Private Law), v. 17, p. 17-33, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Os direitos da personalidade no novo Código Civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, v. 10, n. 878, 2005.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais.** 2. ed. São Paulo: Foco, 2021.

Artigo recebido em: 13/12/2021
Artigo aceito em: 09/08/2022