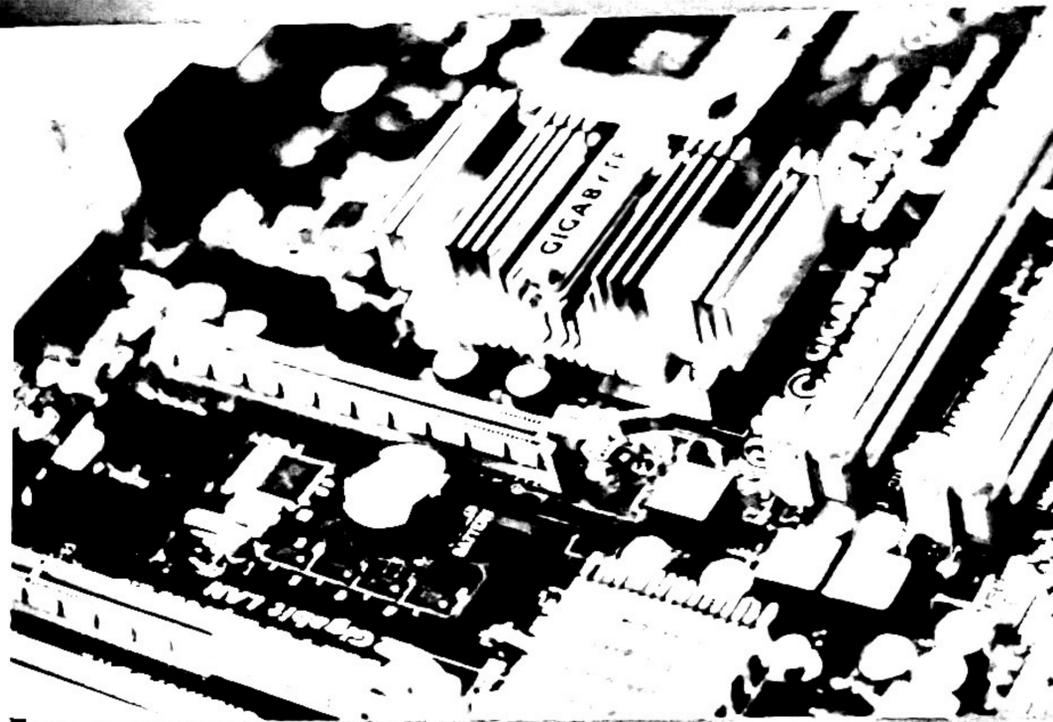


NEWTON DE LUCCA
ADALBERTO SIMÃO FILHO
CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA
RENATA MOTA MACIEL
COORDENAÇÃO

Direito & Internet IV

SISTEMA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

ADALBERTO SIMÃO FILHO
ANA BRIAN NOUGRÈRES
AUGUSTO TAVARES ROSA MARCACINI
BRUNO RICARDO BIONI
CÍNTIA ROSA PEREIRA DE LIMA
CRISTINA CALDEIRA
DANILO DONEDA
EMANUELLE PEZATI FRANCO
FABIO PODESTÁ
FÁBIO ULHOA COELHO
FERNANDA SIMPLICIO MAIA
FERNANDO DA FONSECA GAJARDONI
GABRIEL LOCHAGIN
GUILHERME MAGALHÃES MARTINS
HENRIQUE CUNHA SOUZA LIMA
ISABELLE MARIA CAMPOS V. CHEHAB
JAKUB GOERICK
JEAN-SYLVESTRE BERGÉ
JOÃO VICTOR ROZATTI LONGHI
JOSÉ LUIZ DE MOURA FALEIROS JR.
JOSÉ ROBERTO GOLDIM
KELVIN PEROLI
LEONARDO PARENTONI
MARCEL LEONARDI
MARCELO BENACCHIO
MÁRCIA SANTANA FERNANDES
MARIA CRISTINA V. BLANCO TÁRREGA
MICHEL R. O. SOUZA
MIRELLE BITTENCOURT LOTUFO
NEWTON DE LUCCA
QUEILA ROCHA CARMONA DOS SANTOS
RAFAEL A. F. ZANATTA
RENATA MOTA MACIEL
RICARDO LUÍS LORENZETTI
RICARDO MAFFEIS MARTINS
ROBERTO A. CASTELLANOS PFEIFFER
ROSANE LEAL DA SILVA
RUBENS BEÇAK
SALVADOR MORALES FERRER
SILVANO JOSÉ GOMES FLUMIGNAN
WÉVERTTON GABRIEL G. FLUMIGNAN



De acordo com a Lei nº 13.709,
de 14 de agosto de 2018, e a
Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019.

QUARTIER LATIN

12. HERANÇA DIGITAL: BARREIRAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Silvano José Gomes Flumignan¹
Wévertton Gabriel Gomes Flumignan²

INTRODUÇÃO

A “sociedade informacional” manifesta-se pelo desenvolvimento constante de novas tecnologias, pela globalização intensa, pela velocidade das comunicações e por constantes mudanças comportamentais³.

Uma das grandes mudanças diz respeito à substituição de mídias físicas por meios eletrônicos e armazenamento em nuvem. A concepção de um ambiente virtual permitiu a substituição de itens físicos tradicionais para produtos eletrônicos. Livros, músicas, filmes e jogos são armazenados em ambientes eletrônicos ou conectados à Internet, o que gradativamente tornam obsoletas as mídias físicas⁴.

Além de bens de conteúdo econômico facilmente verificável, existe também o armazenamento de fotos e vídeos de caráter pessoal que não são sus-

- ¹ Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela USP. Foi pesquisador visitante na Universidade de Ottawa. Professor da Asces/PE e da UPE. Procurador do Estado de Pernambuco. Advogado.
- ² Mestre em Direito Civil pela USP. Bacharel em Direito pela PUC-SP. Membro dos grupos de pesquisa Tutela jurídica dos dados pessoais na internet e Observatório do Marco Civil da Internet no Brasil da USP/FDRP. Advogado.
- ³ Neste sentido: PAESANI, Liliansa Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 26.
- ⁴ A título de exemplo, uma pesquisa realizada na Inglaterra pelo Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres) comprovou que em 2011 cerca de 30% dos britânicos consideram suas posses on-line como uma “herança digital”, sendo que 11% deles já haviam definido ou, pelo menos, planejaram definir o destino desses bens. Além disso, os pesquisadores da Universidade de Londres estimaram que os britânicos possuíam em média R\$540,00 (quinhentos e quarenta reais) de bens em nuvens. O patrimônio digital total representava R\$6,2 bilhões (Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/tec/tco211201101.htm>>. Acesso em: 08/12/2018.). Em outra pesquisa, com foco também no mercado brasileiro, realizada pela pessoa jurídica especializada em segurança digital McAfee e conduzida pelo MSI International em 2012 buscou-se delimitar o valor dos ativos digitais. A pesquisa constatou que no Brasil o valor médio total dos arquivos digitais na época era de R\$238.826,00 (duzentos e trinta e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais), sendo que 38% dos brasileiros entrevistados declararam que seus arquivos digitais eram insubstituíveis, o que significa que o valor do ativo insubstituível era de R\$90.754,00 (noventa mil, setecentos e cinquenta e quatro reais) (Disponível em: <<http://web.archive.org/web/20121107035938/http://info.abril.com.br/ftp/Pesquisa-McAfee.pdf>>. Acesso em: 08/12/2018, p. 14).

cetíveis de avaliação econômica, mas que podem representar grande valor e interesse para o titular.

Acrescido a esses elementos, existem ainda os perfis virtuais que podem ou não ter exploração econômica.

O destino dado a esse verdadeiro patrimônio digital com o falecimento do titular merece atenção especial pelo direito brasileiro. Para tanto, o presente trabalho é dividido em três partes. Na primeira, será delimitado o conceito de patrimônio digital e a possibilidade de se fazer referência a uma herança digital. Na segunda, será feito um breve panorama dos principais projetos de lei sobre a matéria e a insuficiência do Marco Civil da Internet na disciplina da matéria. Na terceira, observar-se-ão os obstáculos e possíveis soluções para a matéria.

Para o desenvolvimento do trabalho, serão utilizados os métodos dogmático e dialético.

1. PATRIMÔNIO E HERANÇA DIGITAL

Os bens representam um gênero que abarca tudo o que satisfaz a um interesse humano e que é suscetível de ser objeto de relações jurídicas⁵.

O gênero "bens" permite diversas classificações. Para o presente estudo, o critério da tangibilidade é de grande relevância. Com base nessa hipótese, os bens podem ser classificados em tangíveis e intangíveis, sendo esta última categoria associada aos bens digitais.

Os bens tangíveis são também denominados de bens corpóreos e bens materiais. Estes bens constituem uma forma física, ou seja, são bens concretos e que podem ser tocados. A título de exemplo cita-se os veículos, os terrenos, o dinheiro, os móveis e utensílios entre outros⁶.

Por sua vez, os bens intangíveis são os bens incorpóreos e os bens imateriais. Estes bens não constituem uma realidade física e, assim, não podem ser tocados. Como exemplo, pode-se citar o nome comercial (marca), a patente de invenção e, inclusive, o domínio de internet.

5 BOAS, Regina Vera Villas. *Perfis dos conceitos de bens jurídicos*. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 37, pp. 209-241 (acesso online, pp. 1-22), jan/mar, 2009, p. 2. "Bens no sentido jurídico são as coisas material ou imaterial, apreciáveis sob o ponto de vista econômico e que podem ser objetos de uma situação jurídica; ou ainda, as coisas passíveis de avaliação pecuniária (uma peça de roupa, um carro, um ônibus, uma linha de telefone, um ponto comercial)".

6 BOAS, Regina Vera Villas. *Ob. cit.*, p. 2. "Bens corpóreos ou coisas são os valores materiais, assim entendidos, aqueles que são dotados de existência física e que podem ser possuídos pelo homem. São aqueles considerados tangíveis, porque podem ser apreciados pelos sentidos do homem. Tais bens admitem a tradição pela entrega e pela usucapião (uma nota de 100 reais, uma mala de roupas, um trator, uma máquina fotográfica, gás engarrafado)".

Por óbvio, os bens que constituem a herança digital (ou herança virtual) abarcam os bens intangíveis:

Os bens jurídicos são classificados como bens corpóreos e incorpóreos, sendo que os bens corpóreos são aqueles que possuem existência concreta, detectada pelos sentidos humanos, ao passo que os bens incorpóreos não possuem existência tangível. Assim, os bens digitais se assemelham dos bens considerados incorpóreos, por serem intangíveis fisicamente⁷.

Países associados à *common law*, tais como Estados Unidos e Reino Unido, têm incluído na classificação de bens, os denominados bens digitais (ou *digital assets*, em inglês)⁸, que nada mais é do que uma espécie do gênero bens intangíveis, abarcando os perfis de redes sociais, e-mail, postagens em redes sociais, base de dados em nuvem, dados de jogos virtuais, senhas de contas, nomes de domínio, e-books, músicas, vídeos, imagens, textos digitalizados, aplicativos entre outras diversas possibilidades⁹.

A doutrina subdivide, ainda, os bens digitais em duas categorias: os bens digitais com valor econômico e os bens digitais sem valor econômico, também denominados de bens digitais com valor pessoal¹⁰. Dentre os bens virtuais com valor econômico têm-se os nomes de domínio, as contas de comerciantes que operam em sites de vendas virtuais, os dados virtuais de jogos utilizados como trabalho, músicas, e-books, fotos, blogs e textos de quem utiliza destes meios profissionalmente, dentre outras possibilidades. No cerne dos bens digitais sem valor econômico (bens digitais com valor pessoal) pode-se citar fotos e vídeos em aplicativos que não têm qualquer valor econômico, mas que possuem valor sentimental para os familiares do falecido.

Até mesmo perfis virtuais em redes sociais podem ter exploração econômica, recreativa ou um misto das duas formas.

O termo patrimônio digital abarca todas essas formas. Ele constitui um complexo de bens e relações jurídicas de conteúdo econômico e sem susceti-

7 SILVEIRA, Thaís Menezes da. A destinação dos bens digitais post mortem. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 996, pp. 589-621, out 2018, p. 12.

8 Existe parcela da doutrina que utiliza o termo "*digital property*" como sinônimo de "*digital assets*", mencionando que estas são utilizadas como sinônimos. Neste sentido: NELSON, Sharon D. SIMEK, John W. When you die, will your digital assets go to hell? In: *Virginia Lawyers Weekly*, 28 mar 2016.

9 Sobre o tema, vide: EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-mortem Privacy: re-considering the privacy interests of the deceased in a digital world. In: *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, nº 1, pp. 83-129, 2013.

10 Neste sentido: EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Ob. cit., p. 106.

bilidade de análise econômica, que recebem proteção direta ou indireta do ordenamento brasileiro.

O termo herança representa um todo unitário representativo da universalidade de bens, direitos e relações jurídicas até o momento da partilha:

A herança deve ser entendida como um todo unitário, isto é, uma universalidade de bens, direitos e obrigações, que até o momento da partilha deve ser considerada de modo universal, como uma verdadeira massa hereditária de titularidade de todos aqueles que sucederam ao seu titular¹¹.

No que se refere ao patrimônio digital, resta saber se todos poderão ser objeto de herança ou se apenas parte deles merecem a proteção jurídica. Os bens digitais com valor econômico podem ser objeto da herança, sendo transmissíveis aos herdeiros. Quanto a estes casos, não há dúvida de sua possibilidade. A discussão do tema está associada a relações contratuais que vedam a mudança da titularidade, como ocorre com filmes e músicas em que os instrumentos contratuais afastam a transmissibilidade.

Em relação aos bens digitais sem valor econômico, ainda que se questione se seriam ou não objeto de herança, não resta dúvida de que a sua destinação mereça proteção e tratamento jurídico¹². A possibilidade de transmissão ou acesso a conteúdo deve ter como baliza norteadora a privacidade do de cujus e de terceiros com quem o falecido usuário mantinha contato¹³.

11 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVEIRA, Sabrina Bicalho. A herança digital: considerações sobre a possibilidade de extensão da personalidade civil post mortem. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 986, pp. 277-306 (acesso online pp. 1-21), dez 2017, p. 06.

12 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVEIRA, Sabrina Bicalho. Ob. Cit., p. 19. "Constata-se que os dados digitais, que deságuam nos direitos da personalidade, aqueles não economicamente apreciáveis, não podem ser objeto de herança, porquanto personalíssimos. Morrem com a pessoa. Contudo, a partir da morte do titular de tais direitos, o que fazer com seus dados? É possível protegê-los? Verificou-se que os dados digitais não economicamente valoráveis, que apenas externalizam os atos de vontade do de cujus, quando da utilização de blogs, e-mails, e redes sociais em geral para compartilhar sua vivência e para comunicar-se com outras pessoas, são de caráter extrapatrimonial, devendo o Direito resguardar a intimidade do de cujus, não se admitindo que familiares ou amigos tenham acesso às suas contas. Para tutelar esses direitos, portanto, na falta de manifestação expressa de vontade do sujeito por testamento virtual ou por codicilo, as referidas contas devem ser excluídas imediatamente a partir da comprovação da morte do titular, como forma de resguardar os seus direitos a intimidade e dignidade."

13 A título de exemplo, a Justiça de Minas Gerais negou pedido de uma mãe que queria acessar os dados da filha morta, arquivados em uma conta virtual vinculada ao telefone celular. O magistrado considerou na decisão o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, garantido pela Constituição Federal, sugerindo que a quebra de dados permitiria também o acesso aos dados de terceiros com os quais a usuária mantinha contato (Brasil, TJ-MG, Processo nº 002337592.2017.8.13.0520, julgado em 08/06/2018).

Após delimitar qual a extensão da herança digital, fica mais fácil conceituá-la. Neste sentido, pode-se definir a herança digital como o patrimônio intangível em ambiente virtual consistente em bens digitais com ou sem valor econômico que um indivíduo possui, suscetíveis de transmissão hereditária ou de liberação de acesso a conteúdo. A forma como se dará essa transmissão ou acesso dependerá do respeito à autonomia privada da pessoa falecida associada à proteção da privacidade do de cujus e de terceiro.

Assim, percebe-se que o termo herança digital não é necessariamente correspondente ao de herança tradicional do Código Civil já que abarca não só a transferência de bens, mas também o acesso a conteúdos e informações.

2. O CENÁRIO ATUAL DA HERANÇA DIGITAL NO BRASIL

Em 2014, foi promulgada a Lei nº 12.965, o chamado Marco Civil da Internet, cujo objetivo principal foi regular o uso da internet no país. Esta lei se tornou um marco regulatório sobre o assunto, estabelecendo princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da internet no Brasil, com a pretensão de abarcar a maioria das nuances jurídicas sobre o tema.

Uma das principais características do Marco Civil da Internet foi o caráter democrático de sua promulgação. Por meio de um blog hospedado na plataforma "Cultura Digital" (www.culturadigital.br) – uma rede social mantida pelo Ministério da Cultura e pela Rede Nacional de Ensino e Pesquisa (RNP) – foi desenvolvido um debate aberto, permitindo que usuários *logados* inserissem comentários para informar ao governo e os debatedores sobre qualquer assunto em particular relacionado aos mais diversos temas, visando garantir uma pluralidade de opiniões e ideias a fim de nortear o Projeto de Lei¹⁴.

O Marco Civil da Internet foi um avanço em diversos aspectos, trazendo ideias do direito estrangeiro para a legislação nacional, tais como uma preocupação com os dados pessoais, a neutralidade da rede, entre outros assuntos importantes. No entanto, em alguns pontos, não adotou entendimentos que

14

Neste sentido: "(...) O Ministério da Justiça, em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro, começou a elaborar um anteprojeto de lei que tivesse por escopo regulamentar o uso da Internet no Brasil por um viés civil-constitucionalista, e não penal. Um dos traços inovadores dessa proposta foi o rompimento com o sentido legiferante unidirecional, do Estado para a sociedade. Isso porque, em conjunto com o Ministério da Cultura, abriu a discussão para a sociedade civil em geral pelo site 'Cultura Digital'". FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). *Direito e Mídia*. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 245.

eram mais protetivos aos usuários sendo questionado por parcela da doutrina nestes aspectos¹⁵.

Ocorre que, por mais que a pretensão do legislador fosse abarcar a grande maioria das nuances jurídicas sobre o uso da internet no Brasil, não se atingiu o objetivo pleiteado em determinadas matérias uma vez que as novidades e mudanças no âmbito virtual são mais dinâmicas do que o processo legislativo, sendo um trabalho árduo para o legislador acompanhá-las.

Neste sentido, não houve qualquer menção no Marco Civil da Internet sobre a herança digital, o que não impediu que o legislador percebesse a sua importância e editasse projetos de lei a respeito do assunto.

A percepção da importância dos bens digitais, no entanto, ocorre desde antes do Marco Civil da Internet. O Projeto de Lei nº 4.099/12, por exemplo, busca acrescentar o parágrafo único ao art. 1.788 do Código Civil¹⁶, o que demonstra que já havia certa preocupação do Brasil com os bens virtuais do falecido. Percebe-se que o legislador tão somente se preocupou com bens em contas de e-mails e redes sociais do de cujus, não resolvendo todos os problemas inerentes ao tema, uma vez que não diferencia o conteúdo com caráter patrimonial do conteúdo sem caráter patrimonial.

Entretanto, em 2017, após muitos debates e questionamentos decorrentes do uso da internet no país, buscou-se tratar mais substancialmente do assunto, tramitando dois projetos de leis que merecem destaque sobre herança digital: Projeto de Lei nº 7.742/17 e Projeto de Lei nº 8.562/17.

O Projeto de Lei nº 7.742/17 busca acrescentar o art. 10-A ao Marco Civil da Internet, a fim de dispor sobre a destinação das contas em provedores de aplicações de Internet após a morte do titular:

Art. 10-A. Os provedores de aplicações de internet devem excluir as respectivas contas de usuários brasileiros mortos imediatamente após a comprovação do óbito.

¹⁵ Neste sentido, recomenda-se a leitura: FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *A responsabilidade dos provedores de aplicação de Internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 110, pp. 155-176 jan/dez 2015; SCHREIBER, Anderson. *Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro*. In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). *Direito & Internet III: Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)*. Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277-304.

¹⁶ Art. 1.788, CC - (...) Parágrafo único. Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança."

§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 óbito, ressalvado requerimento cautelar da autoridade policial ou do Ministério Público de prorrogação, por igual período, da guarda de tais dados e registros.

§3º As contas em aplicações de internet poderão ser mantidas mesmo após a comprovação do óbito do seu titular, sempre que essa opção for possibilitada pelo respectivo provedor e caso o cônjuge, companheiro ou parente do morto indicados no caput deste artigo formule requerimento nesse sentido, no prazo de um ano a partir do óbito, devendo ser bloqueado o seu gerenciamento por qualquer pessoa, exceto se o usuário morto tiver deixado autorização expressa indicando quem deva gerenciá-la.

Percebe-se que o Projeto de Lei nº 7.742/17 não se preocupou de fato com os bens virtuais dos usuários falecidos e sequer fez menção aos bens virtuais com ou sem valor econômico, versando tão somente sobre as contas em redes sociais, tais como *Facebook, Instagram, Twitter* etc. Tal disposição não resolve todos os problemas atinentes à herança digital, uma vez que apenas traz um norte sobre a exclusão de contas em redes sociais, sem se preocupar com eventuais conteúdos hereditários e regulamentação plena do acesso ao conteúdo com respeito à privacidade própria e de terceiro.

Por sua vez, o Projeto de Lei nº 8.562/17 busca acrescentar o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C ao Código Civil de 2002, e traz maiores considerações sobre a herança digital, objetivando criar um capítulo próprio sobre o tema:

Capítulo II-A

Da Herança Digital

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

I - senhas;

II - redes sociais;

III - contas da Internet;

IV - qualquer bem e serviço virtual e digital de titularidade do falecido.

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

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I - definir o destino das contas do falecido;

a) - transformá-las em memorial, deixando o acesso restrito a amigos confirmados e mantendo apenas o conteúdo principal ou;

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário.

Apesar do nítido avanço e maior aprofundamento dos projetos de lei posteriores ao Marco Civil da Internet, ao analisá-los, percebe-se que eles não se ativeram a alguns fatos importantes, qual seja o de que muitos dos bens digitais são direitos de personalidade relativamente intransmissíveis. Ademais, também não consideraram a privacidade do morto e das pessoas com quem ele se relacionará em vida, bem como não trataram sobre a transmissão de bens digitais com conteúdo patrimonial.

Cabe ressaltar, no entanto, que as redes sociais costumam adicionar em seus termos de uso e no que tange as políticas de privacidade a garantia de que não haverá a possibilidade de terceiros realizarem *login* em contas privadas após a morte.

Com base nisto, pode-se concluir que se o falecido não deixar testamento tratando da transmissão dos bens digitais, deve-se deduzir que a transmissão aos herdeiros somente ocorreria entre os bens virtuais com conteúdo econômico. Os bens virtuais sem conteúdo econômico, entretanto, somente poderiam ser transmitidos a herdeiros caso houvesse disposição de última vontade neste sentido ou por meio de determinação judicial, respeitando-se a privacidade do de cujus e de terceiros.

Mesmo que o titular deixe testamento, existe ainda o dever de se respeitar a privacidade de terceiros, o que pode gerar a necessidade de restrição de acesso a conteúdo, como ocorre com mensagens diretas entre a pessoa falecida e terceiro.

A título de exemplo, pode-se citar como bem de cunho patrimonial e que interessa aos herdeiros um livro ainda não lançado por um autor famoso e que está na nuvem com todo o seu conteúdo produzido. Outro exemplo possível é o de uma pessoa que durante a sua vida adquiriu diversos livros, músicas, filmes, séries, revistas entre outros conteúdos virtuais. Estes são nitidamente conteú-

dos patrimoniais e interessam aos herdeiros, sendo transmitidos independentemente de disposição testamentária.

Suponha, por outro lado, que o falecido se comunicasse com diversas pessoas através de aplicativos e redes sociais. Conforme já ventilado, o conteúdo dessas conversas não poderia ser disponibilizado para os herdeiros do falecido, pois violaria, além dos direitos de personalidade do de cujus, o das pessoas com quem ele se relacionara em vida, pois a conversa poderia conter, por exemplo, cenas de nudez ou tratar sobre questões pessoais do falecido ou dos terceiros com quem mantinha contato.

Conclui-se, com base nisto, que apesar de o Projeto de Lei nº 7.742/17 e de o Projeto de Lei nº 8.562/17 serem um avanço no trato da herança digital no país, ainda não são suficientes para abarcar todas as nuances jurídicas sobre o tema, podendo gerar transtornos aos usuários, aos herdeiros e a terceiros.

3. OBSTÁCULOS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A DESTINAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL

Os serviços prestados no ambiente virtual, em regra, são tratados através de típicos contratos de adesão, no sistema conhecido como “*click to agree*” (ou “clique para concordar”, em português). O usuário apenas concorda com as cláusulas estipuladas nos termos de uso e de serviço sem ter margem para discuti-las com o prestador de serviço¹⁷.

Ademais, estes serviços prestados são, via de regra, de consumo, por mais que os usuários na maioria das vezes não paguem expressamente ou diretamente pelo serviço, tendo o servidor um lucro indireto pelos serviços prestados.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça¹⁸, inclusive, já se manifestou sobre o assunto, sustentando que “a exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90” e que “o fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo ‘mediante remuneração’, contido no art. 3º, §2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor”.

¹⁷ ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC/Minas, 2017, p. 17. “Esses contratos, por vezes, impedem a transmissão dos bens digitais em caso de morte de seu titular, ou até, em muitas situações, negam ao usuário do serviço a titularidade desses bens digitais”.

¹⁸ Brasil, STJ, REsp 1.316.921/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 26/06/2012.

Com a incidência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nas relações entre provedores ou prestadores de serviços e usuários, as relações virtuais passaram a ser analisadas sob a ótica da legislação consumerista¹⁹. Em sendo assim, nítido que aos contratos eletrônicos aplicam-se todo o sistema legal de proteção do consumidor, com destaque para a proteção contra práticas abusivas²⁰.

A título de exemplo, muitos contratos eletrônicos mencionam cláusulas de eleição de foro e de lei para reger o contrato, que geralmente são o foro e a lei da sede da empresa que presta o serviço. Tal exemplo viola a proteção do consumidor, pois tornaria inviável o acesso à justiça tamanha a sua vulnerabilidade²¹. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que tais cláusulas não obstam que a ação judicial seja proposta no Brasil, havendo competência concorrente no caso²².

Outro exemplo bastante comum são cláusulas contratuais que buscam exonerar ou atenuar a obrigação de indenizar, devendo estas serem consideradas nulas de pleno direito, conforme o inciso I do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

A declaração de nulidade destas cláusulas abusivas ocorrerá com efeitos *ex tunc* (retroativos) ou, em outras palavras, não produzirá efeitos jurídicos. Ademais, por serem matéria de ordem pública, via de regra podem ser alegadas pelas partes a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo juiz.

No ambiente virtual cada rede social e prestador de serviços têm suas regras próprias. Prática corriqueira na internet é estipular nos contratos eletrônicos que não haverá direito de sucessão em relação aos conteúdos virtuais do de cujus, sendo o conteúdo perdido. Neste sentido, podemos citar como exemplo cláusula elencada no contrato que os usuários firmam com a *Apple* para utilizar seus serviços:

D. Não Existência de Direito de Sucessão

A menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos à seu ID Apple ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser

¹⁹ VASCONCELOS, Fernando Antonio de. *Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos pr...* Curitiba: Juruá, 2005, p. 168.

²⁰ Neste sentido: LOBO, Paulo. *Contratos*. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 35

²¹ Neste sentido: COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, nº 9, 2016. pp. 187-215, p. 196.

²² Brasil, STJ, REsp 1.168.547/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Órgão Julgador: 4ª Turma, gado em 11/05/2010.

encerrada e todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado. Contate o Suporte iCloud através de support.apple.com/pt-br/icloud para mais assistência²³ (grifo nosso).

Cláusulas como a da *Apple* não são raras e devem ser consideradas abusivas e nulas de pleno direito. É de se esperar que os herdeiros do de cujus possam usufruir de todo o conteúdo que ele armazenou em sua conta cujo conteúdo tenha valor econômico. Imagine, por exemplo, um usuário que gostasse de música e lesse muitos livros, tendo adquirido onerosamente milhares deles ao longo de sua vida. Obviamente, este conteúdo tem caráter patrimonial e deve ser transmitido aos herdeiros, não fazendo sentido algum que esse patrimônio se perdesse por vontade unilateral do prestador de serviço.

Outro exemplo interessante é o do *Facebook*, que apenas menciona ser possível designar um “contato herdeiro”, ou seja, uma pessoa que administrará a conta do falecido caso ela seja transformada em um memorial. Para isto, este terceiro deverá ser identificado em um testamento válido ou documento semelhante, sendo possível que em vida a pessoa informe ao Facebook quem será o seu “contato herdeiro” no caso de falecimento. No entanto, o “contato herdeiro” não terá acesso as fotos e vídeos que eventualmente foram armazenadas no *Facebook*, mas que não foram compartilhadas com o público em geral, nem terá acesso as mensagens trocadas entre outros, pois este conteúdo, segundo o próprio *Facebook*, só poderá ser acessado pelo próprio titular da conta²⁴.

Perceba que no âmbito do *Facebook*, a prática do “contato herdeiro” é de fato interessante, mas não resolve o problema de todo o conteúdo armazenado na rede social e não divulgado com outros usuários. É comum que muitos usuários utilizem da plataforma como se fosse um serviço de “nuvem” para armazenar fotos e vídeos sem, contudo, compartilhar publicamente com outros usuários. Caso os herdeiros do falecido usuário queiram ter acesso a este conteúdo, não deveria lhes ser negado mesmo que não possua caráter patrimonial, respeitada a privacidade e os direitos de personalidade do de cujus e dos terceiros com quem ele se relacionara em vida.

Cabe ressaltar que, em regra, as conversas e mensagens trocadas entre o falecido usuário com outras pessoas devem ser mantidas em sigilo, pois, conforme já mencionado, há de se preservar a privacidade de terceiros com quem o falecido se relacionara em vida.

23

Disponível em: <<https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>>. Acesso em: 13/12/2018.

24

Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/1506822589577997>>. Acesso em: 13/12/2018.

Isso significa que para bens de conteúdo econômico é possível a transmissão da herança ou legado. Para bens sem suscetibilidade de avaliação, é possível a destinação por legado virtual, mas mesmo nesses casos, é preciso respeitar a privacidade de terceiros:

A transmissão dos referidos bens ocorrerá também, em virtude das limitações previstas para o direito da personalidade, como ocorre quando colidir com outro direito fundamental e interesses públicos primários (segurança interna e internacional, de saúde coletiva, de informação difusa). Nessas duas hipóteses caberá a transmissão dos bens tratados nesse tópico, sendo que a segunda hipótese ocorrerá após apreciação do Judiciário²⁵.

Para bens de conteúdo não econômico, há quem defenda, enquanto a matéria não é regulamentada, a utilização do codicilo²⁶:

Conforme visto, o artigo 1.881 do Código Civil (LGL\2002\400) prevê a figura do codicilo, instrumento particular que manifesta a última vontade do de cujus em relação ao seu enterro, esmolas de pequena monta e o legado de objetos pessoais de pequeno valor.

O codicilo não é um instrumento muito popular entre as pessoas, pelo contrário, ele é pouco utilizado, mas para a sociedade atual, superconectada e informada, esse instrumento particular pode ser o meio adequado para dispor dos bens digitais sem valor econômico. O legado virtual é a forma de manifestação de vontade que exterioriza o desejo das pessoas em relação ao destino de seus bens virtuais, como dados pessoais de redes sociais, e-mails, arquivos digitais e outros.

Assim, o codicilo mostra-se de uma utilidade ímpar para regular o destino dos bens digitais que possuem unicamente aspectos pessoais, instrumentalizando a vontade da pessoa face a privacidade e intimidade e dirimindo possíveis litígios entre os familiares e as redes sociais ou os provedores de e-mails²⁷.

Além destes, pode-se citar como exemplo o caso de usuários famosos que possuem muitos seguidores e que utilizam a plataforma como instrumento de trabalho, por meio do qual são remunerados para divulgarem empresas, obje-

25 SILVEIRA, Thaís Menezes da. Ob. Cit., p. 17.

26 Art. 1.881 do CC: "Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou jóias, de pouco valor, de seu uso pessoal."

27 SILVEIRA, Thaís Menezes da. Ob. Cit., pp. 17-18.

tos, materiais entre outros. Neste caso, a conta do usuário em si demonstra ter cunho patrimonial, devendo os herdeiros adquirirem os direitos de a utilizarem, não sendo razoável cláusulas que simplesmente transformam estes perfis em "memoriais" ou que sejam excluídos pela morte do usuário.

Uma maneira de se disciplinar a destinação desse patrimônio pode ser o testamento digital²⁸. Contudo, pode encontrar empecilhos em aspectos contratuais e direitos da personalidade, como a privacidade própria ou de terceiro.

CONCLUSÃO

É incontestável a importância dos bens virtuais na atualidade, não havendo uma regulação legal e nem mesmo jurisprudência consolidada sobre herança digital. O Direito deve acompanhar as mudanças sociais e a herança digital é uma realidade pendente de solução.

O termo herança digital não se confunde com a herança tradicional por abarcar não só a transmissão de bens, mas também o acesso a conteúdo. Observou-se que os bens integrantes do acervo virtual não necessariamente terão conteúdo patrimonial.

O sistema jurídico pátrio ainda se demonstra insuficiente no que tange a herança digital. Nem mesmo o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e a Lei de Proteção Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) trataram do assunto.

Alguns projetos de lei tentam disciplinar a matéria, destacando-se os projetos de lei nº 4.099/12, 7.742/17 e 8.562/17. No entanto, os textos não buscam solucionar a questão envolvendo a transmissão dos bens virtuais aos herdeiros, principalmente daqueles com valor patrimonial, o que pode gerar diversos transtornos aos usuários, herdeiros e terceiros.

Enquanto o legislador não soluciona o impasse, diversos prestadores de serviços na internet, através de típicos contratos de adesão, incluem em seus termos de uso de serviços de armazenamento de dados, e-mails e redes sociais

28

ALMEIDA, Juliana Evangelista de; ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. Os direitos da personalidade e o testamento digital. In: *Revista de Direito Privado*, vol. 53, pp. 179-200 (acesso online p. 1-16), jan-mar/2013, p. 12. "Com o advento da Internet é possível que alguns arquivos da pessoa, mesmo após a sua morte, sobrevivam e fiquem disponíveis a todos. Nos últimos anos o uso da Internet se intensificou. Em decorrência disso aumentou o número de arquivos digitais disponíveis para acesso. Como dito, tais arquivos possuem relevância jurídica e é interessante que o titular desses arquivos manifeste o seu interesse sobre o futuro de sua produção digital. O que se quer dizer é que é relevante se fazer um testamento digital. Os arquivos digitais após a morte do indivíduo são situações jurídicas a serem tuteladas pelo ordenamento, dado os centros de interesses que podem compor, como, por exemplo, direitos autorais, intimidade, privacidade, honra, entre outros".

cláusulas que, em regra, vedam a transferência dos bens virtuais para herdeiros do usuário falecido.

Ocorre que, tais cláusulas parecem ser abusivas, uma vez que os bens armazenados virtualmente que possuam conteúdo patrimonial devem fazer parte da herança, sendo um direito dos herdeiros, independentemente de previsão testamentária. Já no que tange aos bens virtuais sem conteúdo patrimonial, deve-se analisar se há disposição do de cujus ou ordem judicial específica, pois podem envolver privacidade e interesse do falecido e de terceiros.

Até a solução legislativa da matéria, institutos tradicionais como o legado e o codicilo podem ser de grande valia.

É possível ainda se pensar em testamento virtual ou digital, mas as disposições deverão respeitar a privacidade do de cujus e de terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Juliana Evangelista de. *A tutela jurídica dos bens digitais após a morte: análise da possibilidade de reconhecimento da herança digital*. Belo Horizonte: PUC/Minas, 2017.
- ALMEIDA, Juliana Evangelista de; ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. Os direitos da personalidade e o testamento digital. *In: Revista de Direito Privado*, vol. 53, pp. 179-200 (acesso online pp. 1-16), jan-mar/2013.
- BOAS, Regina Vera Villas. Perfis dos conceitos de bens jurídicos. *In: Revista de Direito Privado*, vol. 37, pp. 209-241 (acesso online pp. 1-22), jan-mar/2009.
- COSTA FILHO, Marco Aurélio de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão. *In: Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, nº 9, pp. 187-215, 2016.
- EDWARDS, Lilian; HARBINJA, Edina. Protecting Post-mortem Privacy: reconsidering the privacy interests of the deceased in a digital world. *In: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, Vol. 32, nº 1, pp. 83-129, 2013.
- FURTADO, Gabriel Rocha. O marco civil da Internet: a construção da cidadania virtual. *In: SCHREIBER, Anderson (coord.). Direito e Mídia*, pp. 236-254. São Paulo: Atlas, 2013.
- FLUMIGNAN, Wévertton G. G. *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14)*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.
- LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A responsabilidade dos provedores de aplicação de internet por conteúdo gerado por terceiro antes e depois do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14). *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Vol. 110, pp. 155-176, jan-dez/2015.
- NELSON, Sharon D. SIMEK, John W. When you die, will your digital assets go to hell? *In: Virginia Lawyers Weekly*, 28 mar 2016.
- LOBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva 2011.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. Marco Civil da Internet: avanço ou retrocesso? A responsabilidade civil por dano derivado do conteúdo gerado por terceiro. *In: DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). Direito & Internet III*.

Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014). Tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, pp. 277-304.

SILVEIRA, Thaís Menezes da. A destinação dos bens digitais post mortem. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 996, pp. 589-621 (pp. 1-23), out 2018.

VASCONCELOS, Fernando Antonio de. *Internet: Responsabilidade do provedor pelos danos praticados*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 168.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; SILVEIRA, Sabrina Bicalho. A herança digital: considerações sobre a possibilidade de extensão da personalidade civil post mortem. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 986, pp. 277-306 (acesso online pp. 1-21), dez 2017.