

Herança digital: comentário à decisão do TJ/SP sobre o caso do Facebook

Digital Inheritance: commentary on the TJ/SP decision regarding the Facebook case

Karina Cristina Nunes Fritz*

Resumo

O presente artigo analisa a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que negou à genitora o direito de acessar o perfil do Facebook da filha falecida. Para tanto, faz-se uma análise comparada com a decisão da Corte infraconstitucional alemã (BGH) que, julgando caso semelhante, permitiu o acesso dos pais à conta da filha falecida, abordando-se os argumentos contrários e favoráveis à transmissão da herança digital.

Palavras-chave: Herança digital. Direitos da personalidade. Direito sucessório. Contrato de uso de espaço virtual. Proteção de dados.

Abstract

The present article analyzes the decision of the São Paulo Court of Justice that denied the genitor the right to access her deceased daughter's Facebook profile. To this end, a comparative analysis is made with the decision of the German infra-constitutional court (BGH), which, judging a similar case, allowed parents access to their deceased daughter's account, addressing the arguments for and against the transmission of digital inheritance.

Keywords: Digital inheritance. Rights to personality. Inheritance law. Contract for the use of virtual space. Data protection.

1 Introdução

Um dos temas mais palpitantes do direito sucessório na era digital tem sido a discussão em torno da chamada herança digital, que compreende todo o acervo armazenado em nuvem durante a vida pelo titular, como contas bancárias, criptomoedas, músicas, filmes, jogos, avatares, *e-books*, documentos, fotos, vídeos e uma infinidade de mensagens postadas ou trocadas com terceiros via e-mail ou em redes sociais como Facebook, Instagram, TikTok ou Twitter. A questão que se coloca é: o que acontece com todo esse acervo digital após a morte do titular? Melhor dizendo: quem tem legitimidade para ficar com todo o conteúdo armazenado no mundo virtual pelo falecido?

Se em relação aos bens acumulados no mundo real – dito analógico, em oposição ao mundo virtual – não pairam dúvidas acerca da transmissão automática aos herdeiros no momento da morte por força dos princípios da sucessão universal e da *saisine*, positivados no Art. 1.784 CC2002, há a controvérsia em relação à transmissibilidade dos bens acumulados no mundo virtual. Aqui divergem atualmente duas correntes doutrinárias: enquanto a corrente da transmissibilidade parcial – ao arpejo da regra milenar da sucessão universal – sustenta que nem todos os bens digitais devem ser transmitidos aos herdeiros, a corrente da transmissibilidade plena defende a aplicação da regra geral: toda herança deve ser transmitida, salvo disposição expressa em contrário do falecido.

O presente artigo visa abordar a temática a partir de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, exarada nos autos da Apelação Cível 1119688-66.2019.8.26.0100, julgada em 09/03/2021 pela 31ª. Câmara de Direito Privado, que negou o acesso da mãe à conta do Facebook da filha falecida. Para tanto, faz-se um cotejo analítico-comparado da decisão do TJ/SP com o julgado da Corte infraconstitucional alemã, o *Bundesgerichtshof* (BGH), apontado como o *leading case* na Europa sobre a temática, analisando os argumentos contrários e favoráveis à transmissibilidade da herança digital.

*   Doutora na Humboldt Universidade de Berlim/Alemanha. Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre (LL.M) pela Universidade Friedrich-Alexander Erlangen Nürnberg (2006). Professora da FGV Rio. Advogada. E-mail: nunesfritzdoutorado@live.de

2 A decisão do TJ/SP sobre herança digital

O caso submetido à análise do TJ/SP discute um problema que tem chegado com frequência ao Judiciário: o poder dos pais (herdeiros) de acessar as contas das redes sociais do filho falecido. No caso concreto, a autora da ação era a mãe de uma usuária do Facebook que, após o falecimento da filha, passou a utilizar o perfil na rede social para recordar fatos da vida da garota e interagir com amigos e familiares. A filha havia lhe informado em vida os dados de acesso à conta, mas o Facebook – repentinamente e sem qualquer justificativa – excluiu o perfil da falecida (a rigor, tirou do ar, porque o perfil continua em poder da empresa).

A autora entrou em contato com a empresa, mas não obteve informações a respeito da exclusão do perfil, razão pela qual moveu ação de obrigação de fazer cominada com indenizatória por danos morais, pleiteando a restauração da conta ou a obtenção dos dados armazenados no perfil. A ação foi julgada improcedente, sendo a autora condenada ao pagamento de custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa.

Em grau de recurso, o TJ/SP concluiu que o Facebook “agiu no exercício regular de direito” ao excluir o perfil da falecida, “não havendo qualquer abusividade ou falha na prestação dos serviços”, seja sob a ótica civil ou consumerista. Segundo a Corte, a empresa de Mark Zuckerberg agiu corretamente, pois a falecida, ao criar a conta, aderiu aos Termos de Serviço e Padrões da Comunidade, que proíbem o usuário de compartilhar a senha, dar acesso ou transferir a conta a terceiros sem permissão da empresa. Dessa forma, a usuária violara os termos de uso ao informar o nome de usuário e senha para a mãe, fato que, por si só, já justificaria a remoção do perfil.

Além disso, o Tribunal salientou que a filha não indicou a mãe como “contato herdeiro” para cuidar da conta transformada em memorial ou promover sua exclusão, dando a entender que a usuária não desejava a transmissibilidade do perfil, embora conclusão contrária resulte do contexto probatório, já que a própria falecida compartilhou com a genitora os dados de acesso. Segundo a Corte bandeirante, como a falecida não optou em vida pela exclusão do perfil, nem indicou contato herdeiro, vale a “manifestação de vontade” exarada pela titular da conta ao aderir aos termos de serviço do Facebook.

No que tange à fundamentação da decisão, o TJ/SP – a despeito da regra geral da sucessão universal estampada no Art. 1.784 CC/2002, cujo conceito de herança tem amplitude ontológica e semântica para abarcar tanto o acervo analógico quanto o acervo digital do falecido – argumentou, inicialmente, que não há regramento específico sobre a herança digital no ordenamento jurídico pátrio, vez que nem o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), nem a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) disciplinam a questão. Desse modo, a Corte entendeu que a contenda deveria 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 pela titular da conta quando aderiu aos Termos de Serviço do Facebook”¹.

E, sem se debruçar sobre a doutrina produzida sobre o tema, principalmente sem enfrentar as críticas feitas à corrente da intransmissibilidade da herança digital, o TJ/SP tomou por certa a frágil distinção entre conteúdo patrimonial (dotado de valor econômico) e conteúdo existencial (não definido no acórdão), concluindo que a conta do Facebook – a rigor: objeto de contrato atípico (de adesão) de uso de plataforma digital – teria caráter existencial e seria, portanto, intransmissível aos herdeiros em respeito aos “direitos da personalidade, como a privacidade e a identidade, que são direitos pessoais e intransmissíveis”².

3 As teorias acerca da (in)transmissibilidade da herança digital

A Corte paulista filiou-se expressamente a *corrente da transmissibilidade parcial* da herança digital. Segundo essa visão, nem todo o conteúdo digital acumulado em vida no mundo virtual deve ser automaticamente transferido aos herdeiros após a morte do titular³. É necessário, dizem seus adeptos, fazer primeiro uma autópsia do acervo digital do falecido e separar as *situações jurídicas patrimoniais*, i.e., os conteúdos de caráter patrimonial (ex: contas bancárias, criptomoedas, aplicações financeiras, livros digitais, colunas e *blogs* em *sites*, etc.) das chamadas

¹ Apelação Cível 1119688-66.2019.8.26.0100, p. 8.

² Apelação Cível 1119688-66.2019.8.26.0100, p. 8.

³ Essa ideia assemelha-se à de Thomas Hoeren, que já em 2005 debruçou-se sobre a temática da até então pouco discutida herança digital. Confira-se: HOEREN, Thomas. Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers, NJW 2005, p. 2113.

situações jurídicas existenciais, que são aqueles conteúdos de caráter existencial (ex: e-mails, contas no Facebook, Instagram, WhatsApp e Twitter, arquivos em nuvens como Dropbox ou iCloud, senhas de celulares, etc.) para só, então, em um segundo momento, decidir quais conteúdos poderão ser acessados pelos herdeiros.

Enquanto os conteúdos patrimoniais seriam transferidos aos legítimos sucessores do falecido, os chamados conteúdos existenciais ficariam excluídos da herança⁴ por serem “extensões da privacidade” do morto e, portanto, intransmissíveis, vez que não há transmissão *post mortem* dos direitos da personalidade no direito brasileiro. Assim, salvo autorização expressa ou comportamento concludente do *de cuius* (como, aliás, poderia ser qualificado o comportamento da falecida no caso em análise), os herdeiros não podem acessar o celular, WhatsApp, contas de e-mail e redes sociais, muitas das quais exercem na contemporaneidade a função de diários e/ou álbuns de família digitais tendo em vista a infinidade de depoimentos pessoais, fotos e vídeos postados.

Para os adeptos dessa corrente, o acesso do conteúdo existencial pelos herdeiros ofenderia os direitos de personalidade não só do falecido, mas também dos terceiros interlocutores, que teriam sua privacidade e intimidade devassadas, surgindo, por vezes, um conflito de interesses entre o falecido e os herdeiros, que, não raro, possuem interesses puramente financeiros em comercializar informações íntimas do morto através de publicações e biografias póstumas ou da manutenção ativa do perfil, explorando o nome e imagem do parente famoso.

Alega-se também que o acesso dos herdeiros ao conteúdo existencial quebra a “confiança legítima” dos usuários no sigilo das conversas estabelecidas no mundo digital, vez que a exigência de senha de acesso às contas gera uma expectativa maior de sigilo⁵. Dessa forma, a plataforma, ao permitir o acesso dos herdeiros ao conteúdo armazenado, violaria *pari passu* o sigilo das comunicações e o mandamento de proteção dos dados pessoais. Aduz-se, por fim, ser necessário respeitar o pactuado no contrato, pois o usuário, ao criar a conta, concordou com as normas expressas que vedam a transmissão dos perfis a terceiros, estabelecidas nos termos de uso e condições.

Em sentido diverso, a *corrente da transmissibilidade plena* entende que se deve aplicar a regra geral do direito sucessório, segundo a qual toda a herança do indivíduo, seja ela digital ou analógica, deve ser transferida automaticamente aos herdeiros no momento da abertura da sucessão, salvo disposição expressa em sentido contrário, manifestada de forma livre pelo falecido. Aplica-se aqui a milenar regra da sucessão universal, estampada no Art. 1.784 CC2002, princípio estruturante do direito sucessório. Esse entendimento é corroborado ainda por dois argumentos: primeiro, pela a atual compreensão, no direito comparado, de que os dados pessoais são um direito humano e fundamental da pessoa, cuja proteção *post mortem* fica a cargo do núcleo familiar mais próximo – ou seja: em regra, os herdeiros do falecido e, segundo, pelas características do contrato existente entre a plataforma e o usuário.

Aqui é importante ter em mente que a relação jurídica existente entre a plataforma e o usuário tem *natureza jurídica obrigacional*, pois se trata de *contrato atípico – oneroso, sinalagmático e de adesão – de uso da plataforma digital*, por meio do qual o titular cede à empresa o uso gratuito de seus dados pessoais (contraprestação) para poder utilizar a plataforma de comunicação (prestação) com todas as suas funcionalidades. Essa relação obrigacional, tal como todas as demais relações obrigacionais do morto, é transferida aos herdeiros, que, com o falecimento do titular, passam a ocupar a posição jurídica do usuário perante a plataforma.

O acesso dos herdeiros ao perfil da rede social não viola os dados pessoais do falecido, nem o sigilo das comunicações, pois os herdeiros não são, perante a lei, terceiros estranhos (como um *hacker* que invade a conta ou o Facebook que lê as mensagens dos usuários no WhatsApp⁶), mas sim pessoas legitimadas para suceder o falecido em suas relações jurídicas e defender seus interesses póstumos. Eventuais violações de direitos de personalidade em decorrência de publicações de conteúdo íntimo e sensível são sancionadas pelos mecanismos de reparação de danos, disponíveis no ordenamento jurídico. Dessa forma, para essa corrente cabe ao usuário o poder de decidir – livre e conscientemente – acerca da hereditabilidade do seu acervo digital. Se não o faz, aplica-se o regime sucessório legal, como ocorre com qualquer sucessão.

Ainda há poucos julgados sobre o tema e o Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou sobre a questão. No direito comparado, o *leading case* acerca da herança digital é a decisão do *Bundesgerichtshof*

⁴ Nesse sentido: MALHEIROS, Pablo; AGUIRRE, João Ricardo Brandão e PEIXOTO, Maurício Muriack. *Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados post mortem*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 10, n. 19, jul-dez, 2018, p. 598s. e LEAL, Lívia. Internet e morte do usuário. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 16, abr-jun, 2018, p. 194.

⁵ BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017, p. 110. No mesmo sentido: MARTINI, Mario. *Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet*. Juristenzeitung 1145, 2012, p. 11.

⁶ Investigação descobre que Facebook lê mensagens do WhatsApp. Isto é, 09/09/2021. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/investigacao-descobre-que-facebook-le-mensagens-do-whatsapp/>. Acesso: 07/09/2022.

(BGH), a Corte infraconstitucional alemã, cuja questão central discutida era idêntica à do julgado do TJ/SP, qual seja, o direito dos pais de acessar o perfil do filho morto no Facebook. No chamado “caso da garota de Berlim”, os pais de uma adolescente de 15 anos, falecida em 2012 em acidente no metrô de Berlim, entraram com ação contra o Facebook pedindo para acessar a conta da filha, que havia sido transformada em memorial depois que um estranho comunicou o óbito à empresa⁷.

Como as circunstâncias da morte eram controvertidas e havia suspeita de suicídio, os genitores queriam acessar a conta a fim de buscar pistas que permitissem elucidar o caso. O Facebook negou, porém, acesso à conta, com o argumento de que a medida visava proteger a privacidade da usuária e de seus contatos, que têm a “expectativa legítima” de que as mensagens trocadas em vida permanecerão em sigilo mesmo após a morte. Isso protegeria principalmente os usuários adolescentes da plataforma, que querem manter longe do conhecimento dos pais os detalhes íntimos trocados nas redes sociais.

O juízo de primeiro grau – *Landgericht Berlin* – deu ganho de causa aos pais, ordenando o Facebook a liberar o acesso à conta da falecida⁸, mas o *Kammergericht*, em grau de recurso, reformou a decisão⁹. A genitora, então, interpôs recurso (*Revision*) ao BGH, que reformou a decisão do Tribunal *a quo*, reconhecendo o direito sucessório dos pais de ter acesso à conta da filha falecida e, conseqüentemente, a todo o conteúdo lá armazenado. Trata-se do processo BGH III ZR 183/17, julgado em 12.07.2018¹⁰.

Em síntese, a Corte afirmou que os pais, herdeiros únicos da menor, tinham o direito de acessar a conta e todo o conteúdo armazenado, pretensão oriunda do contrato de uso da plataforma digital celebrado entre a adolescente e o Facebook, o qual foi transmitido aos herdeiros por força do princípio da sucessão universal (§ 1922 I do BGB), que vigora no mundo digital da mesma forma que no mundo analógico. Para afastar a transmissibilidade da conta, o titular deve – em vida, por testamento ou outro documento que comprove vontade inequívoca – vedar expressamente o acesso dos herdeiros, afastando, por ato de autonomia privada, a hereditabilidade do acervo digital. Se não o faz, todo o conteúdo da conta é automaticamente transferido aos sucessores com a abertura da sucessão.

4 Análise crítica do julgado do TJ/SP

A partir desse pano de fundo, uma análise mais detida do julgado do TJ/SP mostra que o acórdão apresenta sérios déficits de fundamentação, pois, invertendo a regra geral no direito sucessório, esvazia o direito de herança da genitora, garantido no Art. 5º XXX da CF1988, maculando a decisão com o vício da inconstitucionalidade. Além disso, ao trazer uma visão unilateral do problema, a Corte coloca-se na contramão do julgado do Tribunal alemão e da tendência no direito comparado.

O problema da definição do conteúdo existencial

O primeiro problema de fundamentação diz respeito com a falta de definição no acórdão sobre o que vem a ser o chamado conteúdo existencial, conceito central com base no qual o Tribunal vedou o acesso da mãe ao acervo digital da filha falecida, esvaziando seu direito à herança que, vale lembrar, é direito fundamental consagrado no Art. 5ºXXX da CF1988. Com efeito, o acórdão não conceitua, nem fornece parâmetros para definir o que vem a ser conteúdo existencial, o que é um problema grave na medida em que esse conteúdo passa a ser excluído da sucessão.

Tendo em vista que uma simples foto (bem de natureza existencial) pode ter elevado valor econômico, na Europa a balizada doutrina afirma ser praticamente impossível separar na prática os bens de conteúdo patrimonial dos bens de caráter existencial¹¹. Mas ainda quando se trate de conteúdo puramente existencial, não se encontra uma explicação racional – à partir da análise do direito vigente – para se impedir os herdeiros de acessar tal conteúdo, deixando-o em poder do Facebook, tendo em vista que os familiares são os legítimos sucessores do

⁷ Para uma análise completa da decisão, permita-se remeter a: NUNES FRITZ, Karina e SCHERTEL MENDES, Laura. Case Report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. *Revista de Direito da Responsabilidade*, ano 1, p. 525-555, 2019 e NUNES FRITZ, Karina. A garota de Berlim e a herança digital, p. 227-243.

⁸ LG Berlin 20 O 172/15, julgado em 17.12.2015.

⁹ KG Berlin 21 U 9/16, julgado em 31.05.2017.

¹⁰ Para uma análise detalhada do caso, permita-se remeter a: NUNES FRITZ, Karina e SCHERTEL MENDES, Laura. *Case report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital*, p. 525ss. e NUNES FRITZ, Karina. A garota de Berlim e a herança digital. In: Ana Carolina Brochado Teixeira e Livia Teixeira Leal (coord.). *Herança digital – controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 227ss.

¹¹ KUNST, Lena. In: Staudinger BGB – Einleitung zum Erbrecht. Berlin: De Gruyter, 2016, p. 282. No mesmo sentido: NUNES FRITZ, Karina. *Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido?*, p. 193ss..

falecido e os legitimados por lei para defender os direitos de personalidade *post mortem* do falecido, nos termos dos Arts. 12, Parágrafo único e 20 do CC2002¹².

Além disso, ao impedir o acesso dos herdeiros, a corrente da transmissibilidade parcial *deixa todo o conteúdo existencial do falecido em poder das grandes plataformas*, que continuam a usar e dispor dos dados existenciais de seus usuários de forma, no mínimo, intransparente. Isso revela, à toda evidência, grave incoerência axiológica dessa corrente, pois permite que terceiros, estranhos ao núcleo familiar, utilizem comercialmente justamente os dados existenciais que se pretende tutelar. Embora sedutora e pretensamente progressista, por aparentemente priorizar a tutela do ser humano (falecido e interlocutores) em detrimento de interesses supostamente ilegítimos e/ou egoísticos dos herdeiros, essa corrente *acaba privilegiando os interesses patrimoniais dos grandes conglomerados digitais em detrimento dos interesses existenciais (sentimentais) dos familiares*, que só querem geralmente guardar as últimas lembranças do ente querido.

Mas as dificuldades não param por aí. A corrente da transmissibilidade parcial não explica quem deveria fazer a autópsia da conta do falecido para separar – dentre uma infinidade de informações e dados pessoais armazenados durante anos ou décadas – o que é conteúdo patrimonial e o que é conteúdo existencial. Deveria o juiz, já abarrotado de trabalho, ler todas as postagens e mensagens trocadas, e analisar todas as fotos e vídeos para fazer a triagem do conteúdo transmissível? Ou a tarefa deveria ficar a cargo de um perito? E assim sendo, seria com base em quais critérios, e fixados por quem?

Ou caberia ao próprio Facebook, interessado em se apropriar – para fins comerciais – dos dados e informações armazenados na conta do usuário? Afinal, hoje não pairam mais dúvidas de que as informações e dados pessoais dos usuários e seus contatos valem ouro¹³. E aqui surge a pergunta que não quer calar: por que terceiros estranhos teriam maior legitimidade que o núcleo familiar ou os herdeiros para acessar a conta do falecido, devassando sua intimidade? Aqui fica evidente um problema grave de *legitimidade*¹⁴. Essas e muitas outras perguntas precisariam ter sido racionalmente respondidas para garantir a constitucionalidade do julgado do TJ/SP.

b) Intransmissibilidade dos direitos da personalidade e dos dados pessoais

Outro déficit argumentativo do julgado consiste na aparente confusão entre a personalidade da pessoa humana e a conta de uma rede social. De fato, ao negar o acesso da genitora à conta da usuária falecida ao argumento de que os direitos de personalidade são intransmissíveis, pois se extinguem com a morte do titular, a Corte bandeirante parece confundir a personalidade da pessoa humana com certos bens relacionados aos direitos da personalidade, como atentamente anotam Aline Terra, Felipe Medon e Milena Oliva¹⁵. De fato, a personalidade do indivíduo não se confunde com bens do mundo corpóreo ou digital que possam refletir alguns aspectos de sua personalidade, como postagens, e-mails, fotos, vídeos ou o próprio perfil que a pessoa tenha em diversas plataformas digitais.

No atual estágio da ciência jurídica, ninguém questiona que os direitos de personalidade sejam intransmissíveis, pois, enquanto subcategoria dos direitos subjetivos, são direitos estritamente pessoais (*höchstpersönliche Rechte*), que se caracterizam por possuir uma intrínseca vinculação com a pessoa do titular, circunstância que impede sua transferência aos herdeiros e impõe sua extinção com a morte¹⁶. Por outro lado, também é inquestionável que o núcleo familiar mais próximo detém – e deve deter – a legitimidade para proteger os interesses *post mortem* do

¹² 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.

¹³ O Superior Tribunal de Justiça, analisando caso envolvendo a coleta e o compartilhamento não autorizado de dados pessoais de consumidor por um banco de dados, reconheceu que “as informações sobre o perfil do consumidor, mesmo as de cunho pessoal, ganharam valor econômico no mercado de consumo” daí a utilidade – e, acresce-se: a rentabilidade – dos serviços de bancos de dados, que constituem atividade potencialmente lesiva aos direitos da personalidade das pessoas. REsp. 1.758.799/MG, T3, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 12.11.2019.

¹⁴ Além desse problema de legitimidade material, surge ainda um problema de legitimidade formal bem apontado por Ferdinand Kirchhof, juiz aposentado do Tribunal Constitucional alemão. O autor questiona a legitimidade democrática para os grandes players do mercado – principalmente os conglomerados digitais com atuação global, detentores de poder financeiro e informacional sobre as pessoas – substituírem o legislador e ditarem regras que contrariam frontalmente princípios e normas do direito nacional. Sobre a discussão, permita-se remeter a: NUNES FRITZ, Karina. Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido?, p. 205s.

¹⁵ Aspectos controvertidos sobre herança digital. Migalhas, 9 abril 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343356/aspectos-controvertidos-sobre-heranca-digital>. Acesso: 07/09/2022.

¹⁶ Nesse sentido: MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd. In: Heinz Georg Bamberger e Herbert Roth (Coord.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. v. 3 (§§ 1.297-2.385). München: Beck, 2003, p. 1289.

falecido, o que se baseia em longa tradição cultural e jurídica dos povos ocidentais e orientais, como salienta Furstel de Coulanges¹⁷.

Bernd Müller-Christmann, comentando a sucessão universal no direito alemão, consagrada no § 1.922 BGB, explica que, enquanto o direito geral de personalidade extingue-se com a morte do titular, a proteção póstuma da personalidade (*postmortaler Persönlichkeitsschutz*) permanece, fundada no dever do Estado de tutelar a dignidade humana do falecido contra ataques perpetrados por qualquer pessoa. Por isso, a lei confere às pessoas indicadas pelo *de cuius* ou, na ausência, aos familiares próximos à legitimidade para pleitear pretensões de abstenção ou ressarcimento em casos de lesão à personalidade cometida por terceiros¹⁸.

Dessa forma, conquanto o ordenamento jurídico reconheça a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, atribui ao núcleo familiar o direito de proteger os reflexos *post mortem* da personalidade do falecido, com o nome, honra, imagem, sepultura e o cadáver¹⁹. E isso – repita-se – pela óbvia razão que, desde os primórdios da humanidade, é o grupo social mais próximo (família) que tem verdadeiramente interesse em tutelar a dignidade do ente querido falecido.

Assim, *data maxima venia*, é evidente que o aluguel de um “cofre digital” ou um de espaço na nuvem (pois, afinal, é disso que se trata) não é objeto de direito da personalidade, mas sim objeto de contrato de consumo oneroso celebrado entre o usuário e o Facebook, como adiante demonstrar-se-á. Também soa equivocada a afirmação do Tribunal de que os dados pessoais dos falecidos não são transferíveis aos herdeiros. A uma, porque, com a morte do titular, o respectivo dado perde o caráter de dado pessoal. A duas, porque a nítida tendência no direito comparado de conferir aos herdeiros o poder-dever de acessar e tutelar os dados dos familiares mortos.

Na Espanha, a *Ley Orgánica de Protección de Datos y de Garantías de los Derechos Digitales* (2018) revogou a antiga lei de proteção de dados (1999) e passou a admitir expressamente, dentre outras coisas, que as pessoas ligadas ao falecido por razões familiares ou de fato, assim como os herdeiros, podem sucedê-lo em suas redes sociais, correio eletrônico ou serviços de mensagens instantâneas como o WhatsApp, salvo proibição expressa do falecido ou da lei (Art. 96, inc. 1, alínea a). Segundo os incisos. 1, alínea “a” e 2 do dispositivo, esse direito inclui até o poder de alterar ou apagar os dados contidos nas contas²⁰. Em outras palavras: ocorre a transmissibilidade automática dos bens digitais aos herdeiros, salvo disposição em contrário do falecido, como sustenta a corrente da transmissibilidade plena aqui defendida.

Na França, a Lei 1.321, de 07/10/2016, alterou a *Loi Informatique et Libertés n. 78-17 du 6 janvier 1978* permitindo ao usuário definir diretrizes relativas ao armazenamento, apagamento e comunicação de seus dados pessoais após a morte, sendo consideradas nulas as cláusulas contratuais que limitem e/ou excluam os poderes testamentários do usuário (Art. 85). Na ausência de manifestação em sentido contrário, os herdeiros podem obter acesso aos dados e informações digitais do falecido para promover a liquidação e partilha do patrimônio do falecido, sendo-lhe garantido, inclusive, o poder de excluir as contas do usuário falecido, opor-se à continuidade do processamento dos dados ou exigir sua atualização. E, no que aqui interessa à análise comparada da decisão do TJ/SP, os herdeiros podem ter acesso aos bens digitais e dados referentes às memórias de famílias²¹.

Na Itália, o Decreto Legislativo 101, de 10/08/2018, atribui aos herdeiros e familiares o direito de proteção em relação aos dados *post mortem* dos usuários falecidos. Dessa forma, os dados de pessoas falecidas podem ser reivindicados por aqueles que têm um interesse pessoal ou agem para proteger o titular na condição de familiares ou agentes, restando reconhecido o *diritto all' eredità del dato*, como informam Guilherme Magalhães Martins e José

¹⁷ O autor explica que foi a partir do culto aos mortos, simbolizado em um altar com fogo, que se desenvolveu a religião primitiva, na qual cada família possuía um deus (fogo doméstico) e esse deus só poderia ser adorado pela família. Isso significa que o culto só poderia ser realizado pela família aos mortos a ela ligados por laços de sangue. Por isso, os funerais só podiam ser religiosamente celebrados pelo parente mais próximo, da mesma forma que o repasto fúnebre (cerimônia na qual os familiares levavam alimentos ao túmulo dos mortos) só era assistido pela família. Acreditava-se que o morto apenas recebia a oferenda das mãos dos seus descendentes e familiares. A palavra mediante a qual os latinos designavam o culto aos mortos era curiosamente *parentare*. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 3ª. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo – Bauru: Edipro, 2001, p. 34.

¹⁸ Op. cit., p. 1289.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena e BODIN DE MORAES, Celina. *Código civil comentado, Código civil interpretado*. v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35.

²⁰ *Luces y sombras del nuevo testamento digital reflejado en la LOPDGD*. Disponível em: <https://confilegal.com/20190506-luces-y-sombras-del-nuevo-testamento-digital-reflejado-en-la-lopdgd/>. Acesso: 10/12/2019.

²¹ GONÇALVES, Laura Marques. *Transmissão post mortem de patrimônio digital*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, 2021, p. 122.

Faleiros Júnior²². Laura Marques Gonçalves, com amparo em Giorgio Resta, afirma que uma das mais relevantes disposições do diploma italiano diz respeito à *mitigação da vinculação dos termos de serviço dos provedores digitais*, principalmente quando houver cláusulas contratuais, estabelecidas unilateralmente, que limitem o exercício de direitos dos usuários pela mera assinatura²³ – um entendimento diametralmente oposto ao do TJ/SP no caso em comento. Há, dessa forma, clara tendência no continente europeu em assegurar a transmissão da herança digital.

Essa é uma tendência global, na verdade. Na China, desde 2021, passou a vigorar uma previsão legal de que a “propriedade legal” (terminologia utilizada como equivalente à herança) do falecido inclui os ativos na internet como um todo, abrangendo, portanto, as contas em plataformas, itens e dinheiros virtuais em jogos, dentre outros²⁴. Nos Estados Unidos, diversos estados – como Califórnia, Connecticut, Rhode Island, Indiana, Oklahoma, Oregon, Nebraska, Massachusetts e New York – editaram normas que permitem, em maior ou menor medida, o acesso dos sucessores às contas de e-mail e redes sociais do falecido, atribuindo-lhes competência expressa para acessar às comunicações e alguns bens digitais, e – a exemplo de Delaware – até para continuar a usar os perfis digitais, reconhecendo a plena transferência *post mortem* da titularidade das contas²⁵.

O equívoco da premissa aceita pelo TJ/SP revela-se já no corriqueiro exemplo da transmissão dos documentos pessoais do falecido: RG, CPF, certidão de nascimento, casamento ou óbito contém os dados mais sensíveis do titular e ninguém duvida seriamente que esses bens pertencem aos familiares mais próximos e, na sua ausência, aos demais parentes. O mesmo se diga em relação ao corpo morto. Como anota Thomas Hoeren, o corpo é parte inseparável da personalidade e, por isso, não é qualificado juridicamente como coisa, nem objeto de herança.

Porém, se a pessoa não determina em vida o destino a ser dado ao próprio corpo, nem nomeia ninguém para fazê-lo após a morte, a decisão cabe aos familiares mais próximos, que têm em relação ao cadáver uma espécie de “direito de guarda do morto” (*Totensorgerecht*). A mesma lógica se aplica a partes corporais artificiais destacáveis do cadáver e a partes biológicas, como sêmen e óvulos, células sexuais que contém material genético e, portanto, dados ultrasensíveis do titular²⁶.

Ora, se bens muito mais sensíveis do falecido são transmitidos ou conferidos à guarda dos familiares herdeiros, não há razão plausível para se vedar a transmissão de cartas, fotos e documentos simplesmente por estarem armazenados em servidores pagos de empresas privadas. Não por acaso, há séculos, fotos e diários mais íntimos e sigilosos são transmitidos aos herdeiros, ainda quando guardados em baú lacrado, deixando evidente o anseio por privacidade do falecido. A analogia aqui é perfeitamente cabível, pois o caráter sensível do conteúdo das informações é o mesmo em ambas as situações, independente do meio (papel ou digital) no qual elas estão materializadas.

Por isso, a Corte infraconstitucional alemã afirmou, por ocasião do julgamento do caso da garota de Berlim, que seria um contrassenso permitir o acesso dos herdeiros às cartas e diários guardados em baú lacrado e vedar o acesso às cartas e diários digitais armazenados nas plataformas das grandes empresas de tecnologia, tendo em vista que o conteúdo íntimo é o mesmo²⁷. E nem se diga que a transmissão desse material aos sucessores do morto violaria os direitos de personalidade dos terceiros interlocutores, pois a ordem jurídica confere a esses a adequada proteção por meio da tutela ressarcitória na hipótese de eventual divulgação de informações lesivas a direitos da personalidade, tal como ocorre nos casos das biografias não autorizadas, cancelados pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADI 4.815/DF em 2015.

Na verdade, configura grave incoerência sistemática e axiológica impedir o acesso dos herdeiros ao chamado conteúdo existencial quando a própria lei lhes confere, como visto, a defesa dos direitos de personalidade *post mortem* do falecido. E essa legitimidade se dá pela óbvia razão de que é a família, o núcleo social mais próximo, que mais tem interesse em tutelar a dignidade do parente falecido; como reconheceu o Superior Tribunal de Justiça, com lucidez e sensibilidade, no julgamento do Recurso Especial 512.697/RJ, em 2006, no qual reconheceu a

²² MARTINS, Guilherme Magalhães FALEIRO JÚNIOR, José Luiz. O planejamento sucessório da herança digital. In: Daniele Chaves Teixeira (coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 472s.

²³ GONÇALVES, Laura Marques. Op. cit., p. 124.

²⁴ GONÇALVES, Laura Marques. Op. cit., p. 125. Confira-se: *China aprova lei que garante direito de receber herança em criptomoedas, Livecoins*, 30/05/2020. Disponível em: <https://livecoins.com.br/china-aprova-lei-que-garante-direito-de-receber-heranca-em-criptomoedas/>. Acesso em: 07/09/2022.

²⁵ GONÇALVES, Laura Marques. Op. cit., p. 127s.

²⁶ LEIPOLD, Dieter. In: Sibylle Kessal-Wulf (redatora). *Münchener Kommentar zum BGB*. v. 10, 7. ed., München: Beck, 2017, § 1922, p. 99.

²⁷ NUNES FRITZ, Karine e SCHERTEL MENDES, Laura. Op. cit., p. 543.

legitimidade dos filhos do jogador Garrincha para postular, em nome e direito próprio, indenização por dano moral e material contra o autor de biografia do atleta e contra a editora, face a violação do direito à intimidade do pai²⁸.

c) *Desconsideração da relação contratual entre Facebook e usuário*

O acórdão do Tribunal paulista padece ainda de um terceiro problema grave: a falta de análise da natureza jurídica e dos contornos da relação jurídica existente entre o Facebook e a usuária falecida. Na atualidade, dúvidas não há de – ao contrário do sustentado pelas grandes plataformas – o serviço oferecido pelo Facebook não ser gratuito. Ao contrário: sabe-se hoje que o usuário “paga” para usar a nuvem (plataforma de comunicação), na qual ele pode conversar, armazenar fotos, vídeos, músicas, livros, mensagens, etc.

A rigor, Facebook e o usuário celebram um *contrato de uso de espaço digital* (no caso: plataforma de comunicação), cujo objeto é uma espécie de “aluguel” do espaço digital, colocado à disposição do usuário. Contudo, diferentemente da locação típica, a contraprestação não se dá em dinheiro, mas através da cessão gratuita do uso dos dados pessoais do titular. E no momento em que uma parte dá a prestação em troca de uma contraprestação, não se pode mais falar em gratuidade, mas sim em correspectividade das obrigações²⁹.

Atente-se que o usuário é obrigado a permitir que o conglomerado Meta colete, trate e comercialize seus dados pessoais para poder utilizar a plataforma e, dessa forma, participar da vida social³⁰. Em outras palavras: o usuário só usa o espaço digital (prestação) se fornecer seus dados pessoais (contraprestação). O contrato de uso do Facebook é, portanto, um contrato bilateral, atípico, oneroso, sinalagmático e de adesão³¹, o que, no direito brasileiro, atrai a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Tendo em vista a natureza patrimonial e as características do contrato existente entre usuário e a plataforma, forçoso concluir que essa relação jurídica obrigacional se transmite automaticamente aos herdeiros no momento da abertura da sucessão por força do princípio da sucessão universal, segundo o qual todo o patrimônio, i.e., todas as relações jurídicas do falecido são transferidas aos sucessores no momento da morte³². Para que uma relação contratual não seja transmitida aos herdeiros é necessário que a intransmissibilidade resulte de sua natureza jurídica, da lei ou de ato de autonomia privada do falecido. Como a lei não veda a transmissão, conclui-se que o contrato de uso das plataformas digitais só não se transmite aos herdeiros diante de disposição expressa do falecido em sentido contrário, manifestada de forma livre e consciente ou se isso contrariar sua natureza jurídica.

Intransmissíveis são, em regra, os contratos *intuitu personae*, cujo conteúdo possui caráter personalíssimo, como o contrato médico ou o contrato do artista, pois os direitos e deveres lá presentes são moldados de tal forma à pessoa dos contratantes que uma alteração subjetiva no contrato provoca uma modificação essencial na prestação³³. Os deveres de prestação (principalmente, o de viabilizar o acesso à conta e ao conteúdo lá armazenado) decorrentes dos contratos de uso de plataforma digital não têm, contudo, natureza personalíssima, pois as prestações devidas a um usuário em nada se distinguem das prestações devidas a todos os demais usuários do planeta.

Na verdade, plataformas digitais como o Facebook sequer controlam a identidade do usuário contratante, como o comprovam os inúmeros perfis falsos, o que afasta de plano o caráter personalíssimo do contrato. O que tem realmente cunho personalíssimo é o conteúdo da conta do usuário (dados pessoais, mensagens, postagens,

²⁸ No julgado, a Corte reconheceu a legitimidade dos filhos do jogador Garrincha para postular, em nome próprio e direito próprio, indenização por dano moral e material contra o autor de biografia do atleta e contra a editora, em face da violação do direito à intimidade do pai. Na ementa, o Tribunal, reconhecendo a legitimidade da família para defender os direitos de personalidade póstumos, afirma: “Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem e a honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postulare indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.” REsp. 521.697/RJ, T4, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 16/2/2006, DJ 20/3/2006.

²⁹ SCHMIDT-KESSEL, Martin e GRIMM, Anna. *Unentgeltlich oder entgeltlich? – Der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten*. ZfPW 2017, p. 94.

³⁰ DONEDA, Danilo. *A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental*. Espaço Jurídico, v. 12, n. 2, jul-dez 2011, p. 97.

³¹ Sobre as características dos contratos de uso de espaço digital, permita-se remeter a: NUNES FRITZ, Karina. *Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido?*, p. 201-205.

³² Nesse sentido: NUNES FRITZ, Karina e SCHERTEL MENDES, Laura. Op. cit., p. 533. No mesmo sentido, alertando para a intransmissibilidade das obrigações personalíssimas: BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932, p. 15s.

³³ No caso do contrato de realização de obra artística, a obrigação assumida pelo artista não pode ser exigida de seus sucessores pela contraparte, da mesma forma que no contrato médico a obrigação assumida pelo profissional da saúde, de tratar o paciente, não pode ser estendida aos sucessores do falecido: pois o dever de prestação principal, de caráter personalíssimo, era dirigido ao morto. Nesse sentido: LEIPOLD, Dieter. Op. cit., p. 96 e NUNES FRITZ, Karina e SCHERTEL MENDES, Laura. Op. cit., p. 537.

fotos, vídeos etc.), como bem ressaltou o *Bundesgerichtshof*³⁴, o que impõe à plataforma o dever de impedir o acesso indevido de terceiros. Os herdeiros, contudo, não são terceiros ilegítimos, mas os sucessores legitimados por lei para assumir a posição jurídica ocupada pelo falecido no contrato.

Nada disso foi levado em consideração pelo TJ/SP no julgado em análise. Ao limitar-se a afirmar – de forma genérica, sem enfrentar as características do contrato de uso de plataforma digital – que os termos de uso do Facebook “estão alinhados ao ordenamento jurídico”, o TJ/SP ignora que o princípio da sucessão universal assegura a transmissão de toda a herança aos herdeiros sem distinguir entre bens analógicos ou digitais, o que inclui, principalmente, as relações jurídicas obrigacionais do falecido.

E mais: ao alegar que os termos de uso devem valer simplesmente por ter o usuário com eles concordado no momento da celebração do contrato, a Corte bandeirante – com a devida vênia – ignora o caráter de adesão do contrato de uso de espaço digital e faz tábula rasa de noções fundamentais do direito contratual, conquistadas a duras penas no século passado, como a de que não há liberdade de decisão plena na adesão à regra imposta unilateralmente pela empresa, em seu benefício exclusivo, como é o caso da regra que obriga a indicação de contato herdeiro, sob pena de apropriação da conta – e de todo o conteúdo (patrimonial e existencial) – pelo Facebook.

A regra foi considerada abusiva e, portanto, nula pelo Tribunal infraconstitucional alemão no julgamento do caso da garota de Berlim, porque coloca o usuário em situação de extrema desvantagem. De fato, através da “regra do contato herdeiro”, o Facebook dá ao usuário – em geral, sem informá-lo claramente no momento da celebração – apenas duas opções: indicar alguém para cuidar de sua conta ou concordar tacitamente com a apropriação pela plataforma de seu perfil e de seus dados pessoais. Basta a mera abstenção do usuário (não indicar um contato herdeiro) e o Facebook torna-se automaticamente proprietário de todos os seus dados, inclusive do conteúdo existencial que pretende tutelar contra a suposta “invasão indevida” dos herdeiros. Tendo em vista que poucas pessoas se preocupam – e isso é um problema global – com o que vai acontecer após a morte, o Facebook se tornará herdeiro da maioria esmagadora de seus usuários.

Além disso, a indicação do contato herdeiro tem pouca utilidade, pois a conta não é transmitida ao herdeiro, que não pode acessá-la, mas tão só decidir seu destino, ou seja, deixá-la na forma de memorial ou excluí-la – *rectius*: retirar do ar, já que a conta permanece nos arquivos do Facebook, que, segundo dizem, nada apaga. Diante da pouca – ou nenhuma – utilidade da figura, trata-se, no fundo, de um “herdeiro amigo” do Facebook, pois só a empresa consegue efetivamente acessar e movimentar a conta, mesmo “deletada”.

Dessa forma, através da regra do contato herdeiro, o Facebook *afasta o princípio da sucessão universal e se coloca na posição jurídica de herdeiro*, substituindo aqueles que legitimamente deveriam ocupá-la, sem permitir que o usuário discipline – de forma livre e autônoma – a sucessão de sua conta. Na prática, o conglomerado norte-americano se autoproclama herdeiro e proprietário das contas dos usuários falecidos, esvaziando a regra da sucessão universal e o direito fundamental à herança dos legítimos sucessores em total arrepio aos Arts. 1.784 CC2002 e 5º XXX CF1988. Assim, o Facebook acaba substituindo o direito posto pelo direito imposto por meio de seus termos de uso.

Diante desse pano de fundo, é evidente que uma empresa privada, que aluga uma “sala” em sua plataforma digital, *não tem legitimidade para se colocar na posição jurídica de herdeiro por mera abstenção do usuário*, isto é, pela falta de um *click*. A cláusula do contato herdeiro está maculada pela nulidade, nos termos do Art. 51 § 1º I-II CDC. Por essa e outras razões é que a Corte infraconstitucional alemã declarou a nulidade da regra impositiva do contato herdeiro, bem como da que transforma automaticamente a conta do falecido em memorial, impedindo seu acesso pelos herdeiros. Guiado, porém, por visão simplista e unilateral do problema, o TJ/SP chancelou a apropriação da conta e – o que é mais grave – do conteúdo existencial pelo Facebook, permitindo à empresa se apropriar justamente dos dados mais íntimos da usuária.

Sob o pretexto de tutelar os direitos de personalidade da falecida e de seus interlocutores contra o acesso indevido da genitora, *a Corte bandeirante acabou tutelando os interesses puramente patrimoniais do conglomerado digital*. E aqui é importante ter em mente que a discussão em torno da herança digital esconde uma gama de interesses obscuros dos conglomerados digitais. Um estudo da Universidade de Oxford, divulgado em 2019,

³⁴ NUNES FRITZ, Karina e SCHERTEL MENDES, Laura. Op. cit., p. 537.

mostrou que o Facebook continua utilizando (leia-se: monetizando), mesmo após a morte, os dados do usuário falecido e de seus contatos³⁵.

O trabalho chamou atenção ainda para um aspecto importante, quase sempre ignorado: o perigo que é para a história da humanidade deixar que empresas privadas, com fins lucrativos, fiquem na posse de dados de gerações de usuários e de uma quantidade inimaginável de informações sobre o comportamento e a cultura humana. De posse desses dados, poucas empresas privadas controlarão, na prática, o acesso – inclusive para fins científicos e de pesquisa – a esse riquíssimo arquivo histórico. E, assim, o Facebook terá no futuro não apenas a chave de um grande “cemitério virtual”, mas a chave do maior arquivo digital sobre a história humana, o que lhe dará um poder econômico, político e social de dimensões ainda inimagináveis. Em última análise, controlar esse arquivo significará controlar a história e os grandes conglomerados digitais saberão monetizar isso muito bem.

5 Conclusão

Diante do exposto, tendo em vista a regra geral do sistema sucessório estampada no Art. 1.784 CC2002, forçoso concluir que a decisão do TJ/SP padece do flagrante vício da inconstitucionalidade, pois viola o direito fundamental à herança, consagrado no Art. 5ºXXX da CF1988. O problema da herança digital precisa ser tratado com máxima cautela, com base nas regras, princípios e valores vigentes no ordenamento jurídico. O discurso contra a transmissibilidade do acervo digital, encampado pelas grandes empresas de tecnologia, tem fácil apelo, pois levanta a bandeira da proteção da privacidade, dos dados pessoais e do sigilo das comunicações.

Porém, não se pode deixar de considerar um importante aspecto sociológico: quem defende a bandeira da privacidade e proteção de dados são justamente as empresas que mais coletam ilegalmente dados pessoais de milhões de pessoas em todo o mundo, que rastreiam cada clique de seus usuários – e não usuários³⁶ – a fim de traçar detalhados perfis posteriormente comercializados com os mais diversos tipos de anunciantes. Esse dado sociológico precisa ser trazido à luz para que se estabeleça um debate honesto acerca da herança digital.

A rigor, o debate em torno da herança digital não é uma disputa por privacidade, mas uma briga para saber quem vai ficar com a infinidade de dados armazenados ao longo de toda uma vida na conta do usuário. Desde os primórdios, os bens do falecido são transmitidos ao grupo familiar mais próximo³⁷, estando a ideia da sucessão universal enraizada na cultura – inclusive, jurídica – de todos os povos. Com a chegada do Facebook, essa regra jurídico-cultural passou a ser questionada e a empresa vem afastando – sem sucesso na Europa, mas com êxito no Brasil – o princípio da sucessão universal em seus termos e condições, impostos unilateralmente aos usuários.

É chegada a hora de exigir que as grandes empresas de tecnologia respeitem a lei brasileira e de impor limites à atuação das *big techs* que, por meio de seus termos de uso, têm substituído o direito posto pelo direito imposto em seu benefício exclusivo, ao arrepio de regras, princípios e valores estruturantes do ordenamento jurídico. O direito brasileiro tem norma clara: toda a herança – seja analógica ou digital – é transmitida aos herdeiros no momento da abertura da sucessão, salvo disposição em contrário do falecido, manifestada de forma expressa e livre. Essa regra geral do direito sucessório precisa ser respeitada pelos grandes conglomerados digitais, ainda quando em contrariedade a seus interesses econômicos. E, nesse caso, o Judiciário só precisa exigir o cumprimento da lei.

Referências

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1932.

BRANCO, Sérgio. **Memória e esquecimento na internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 3.ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2001.

³⁵ Digitales Erbe auf Facebook. *Was passiert mit den Daten verstorbener Facebook-Nutzer?* Disponível em: <https://www.pcspezialist.de/blog/2019/05/10/digitales-erbe-facebook/>. Acesso: 10/12/2020.

³⁶ Veja o caso do botão de curtida do Facebook, apreciado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que estabeleceu a responsabilidade solidária dos sites que utilizavam o referido botão, bem como a decisão do BGH que ordenou ao Facebook suspender imediatamente a coleta abusiva de dados pessoais. In: NUNES FRITZ, Karina. *Jurisprudência comentada dos tribunais alemães*. Indaiatuba: Foco, 2021, p. 101-104 e 113-117, respectivamente.

³⁷ *A cidade antiga – estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. 3ª. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo – Bauru: Edipro, 2001, p. 30.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, [s. l.], v. 12, n. 2, p. 91–108, 2011. Disponível em: <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>. Acesso em: 7 set. 2020.

HOEREN, Thomas. Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers. **Neue Juristische Wochenschrift [NJW]** v. 30, 2005, p. 2113-2117. Disponível em: <https://miami.uni-muenster.de/Record/32314d8a-c759-4322-8da0-2f9e65c69d6c>. Acesso em: 7 set. 2020.

KUNST, Lena. **Staudinger BGB: Einleitung zum Erbrecht**. Berlin: De Gruyter, 2016.

LEAL, Lívia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. **Revista Brasileira de Direito Civil**, [s. l.], v. 16, p. 181-197, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>. Acesso em: 7 set. 2022.

LEIPOLD, Dieter. In: KESSAL-WULF, Sibylle (ed.). **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**. 7. ed. München: Beck, 2017.

MALHEIROS, Pablo; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; PEIXOTO, Maurício Muriack e. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados post mortem. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, [s. l.], v. 10, n. 19, p. 564-607, 3 nov. 2018. Disponível em: <https://www.abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/192>. Acesso em: 7 set. 2020.

GONÇALVES, Laura Marques. **Transmissão post mortem de patrimônio digital: em defesa da ampla sucessão**. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/41742>. Acesso em: 06 out. 2022

MARTINI, Mario. Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet. **JuristenZeitung**, [s. l.] p. 1145-1155, 2012.

MARTINS, Guilherme Magalhães FALEIRO JÚNIOR, José Luiz. O planejamento sucessório da herança digital. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (coord.). **Arquitetura do planejamento sucessório**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 465-481.

MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd. In: Heinz Georg Bamberger e Herbert Roth (Coord.). München: Beck, 2003. (Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, v. 3).

NUNES FRITZ, Karina e SCHERTEL MENDES, Laura. Case Report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito da Responsabilidade**, [s. l.], ano 1, 2019. p. 525-555. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/case-report-corte-alema-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital-karina-nunes-fritz-e-laura-schertel-mendes/>. Acesso: 07 set. 2020.

NUNES FRITZ, Karina. Herança digital: quem tem legitimidade para ficar com o conteúdo digital do falecido? In: MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti (coords.). **Direito digital**. 3.ed. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 193-210.

NUNES FRITZ, Karina. A garota de Berlim e a herança digital. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; LEAL, Lívia Teixeira (coords). **Herança digital: controvérsias e alternativas**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 227-244.

NUNES FRITZ, Karina. Tribunal de Justiça Europeu determina responsabilidade solidária de sites que utilizam botões do Facebook. In: **Jurisprudência comentada dos tribunais alemães**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 101-104.

NUNES FRITZ, Karina. BGH manda Facebook suspender imediatamente a coleta abusiva de dados pessoais. In: **Jurisprudência comentada dos tribunais alemães**. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 113-117.

SCHMIDT-KESSEL, Martin; GRIMM, Anna. Unentgeltlich oder entgeltlich?: der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten. **Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft [ZfPW]**, [s. l.], n.1, p. 84-108, 2017. Disponível em: <https://eref.uni-bayreuth.de/37396/>. Acesso em: 06 out. 2022.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena e BODIN DE MORAES, Celina. **Código civil interpretado**: conforme a Constituição da República. v.1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; MEDON, Felipe. Aspectos controvertidos sobre herança digital. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/343356/aspectos-controvertidos-sobre-heranca-digital>. Acesso em: 06 out. 2022.

Recebido em: 30.07.2022

Avaliado em: 03.10.2022