

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**Faculdade de Direito**

**Gustavo Honda Shishido**

Herança Digital: análise dos efeitos sucessórios, na sucessão legítima, sobre o perfil de usuário falecido na rede social Facebook

São Paulo

2022

São Paulo

2022

Gustavo Honda Shishido

Herança Digital: análise dos efeitos sucessórios, na sucessão legítima, sobre o perfil de usuário falecido na rede social Facebook

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Professor André Norberto Carbone de Carvalho

São Paulo

2022

Gustavo Honda Shishido

Herança Digital: análise dos efeitos sucessórios, na sucessão legítima, sobre o perfil de usuário falecido na rede social Facebook

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador: André Norberto Carbone de Carvalho

---

Examinadora: Erica Escolano

---

Examinador: João Ricardo Brandão Aguirre

---

## **Agradecimentos**

A meus pais, Enio Taishi Shishido e Mirtis Satomi Honda Shishido, que, além de todos os investimentos materiais, me acompanharam por toda a vida e, durante todo esse trajeto, depositaram em mim todo o seu amor e carinho.

Aos meus avós, Chikae Honda e Isao Honda, que sempre se fizeram muito presente em minha vida, que me educaram e muito me ensinaram.

Às minhas irmãs, Gabriella Honda Shishido e Leticia Honda Shishido, e aos meus padrinhos, Mirna Harumi Honda e Sergio Yudi Honda, que sempre me ajudaram e apoiaram em todas as decisões por mim tomadas.

Aos meus amigos Felipe Sofia Amaral Vieira, Isabela Torres Assumpção, João Antônio Rays e Juliana Tomaz Comite, que me acompanharam desde a infância e sempre me apoiaram de forma incondicional durante todo esse trajeto.

Aos meus amigos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e amigos do escritório Lasas Sociedade de Advogados, Bianca da Rocha Ferreira, Bruno Lasas Long, Eduardo Sanchez Palma, Guilherme Massola da Silva, João Victor Gil Marcelino, João Marcelo Schempf Russo e Tiago Giardino, que nestes 5 (cinco) intensos anos de graduação me ajudaram a descobrir minha paixão pelo Direito e pela advocacia.

Ao meu professor e orientador, André Norberto Carbone de Carvalho, que, com muita paixão e carinho, por meio de suas excelentes aulas, preparações para as Olimpíadas de Direito Civil da Academia Brasileira de Direito Civil (2021 e 2022) e orientações, muito me ensinou e foi um dos principais responsáveis por despertar minha paixão pelo Direito Civil.

A todas as pessoas que aqui mencionei e aquelas que fizeram parte de minha trajetória até então, o mais sincero obrigado, certamente nada disso seria possível sem vocês!

## **Herança Digital: análise dos efeitos sucessórios, na sucessão legítima, sobre o perfil de usuário falecido na rede social Facebook**

Gustavo Honda Shishido

**Resumo:** O presente artigo tem como tema a análise da possibilidade de transmissão, por sucessão legítima, de perfis de usuários falecidos da rede social “Facebook. Para isso, serão analisados a conceituação e classificação doutrinária de bens digitais e as teorias acerca de sua transmissibilidade sucessória, as características do contrato celebrado entre o “Facebook” e os usuários, o conteúdo inserido nos perfis na rede social, as características e os efeitos *post mortem* dos direitos da personalidade, o princípio *droit de la saisine*, o posicionamento adotado pela mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária da Alemanha no julgamento do *leading case* representativo da controvérsia, bem como o entendimento, ainda não pacificado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Com base nas conclusões tomadas nas análises, será exposta a necessidade de se reconhecer a intransmissibilidade do conteúdo existencial dos perfis de usuário falecido no “Facebook” e que eventual acesso a tal conteúdo pelos herdeiros é possível, contudo deve ser de modo excepcional e restrito, com o fundamento de se tutelar os efeitos *post mortem* dos direitos da personalidade e norteado para tal fim, bem como a necessidade de se relativizar o princípio *droit de la saisine* para se evitar violações à direitos da personalidade do falecido e de terceiros que com ele interagiram em vida.

**Palavras chaves:** Perfil de usuário falecido da rede social “Facebook”. Sucessão *causa mortis* *efeitos depois da morte* de Bens Digitais. Direitos da personalidade. Princípio da sucessão universal.

**Abstract:** This article aims to analyze the possibility of transmitting, by inheritance, the user profile of the social network “Facebook”. For this purpose, will be analyzed the conceptualization and classification of the digital inheritance and the theories about its succession, the characteristics of the contract concluded between “Facebook” and the users, the content inserted in the profiles, the characteristics and the post mortem effects of the personality rights, the principle of universal succession, the position adopted by the highest court of the German ordinary jurisdiction system in the judgment of the leading case representing the controversy, as well as the understanding, not yet pacified, of the Court of Justice of the State of São Paulo. Based on the conclusions reached in the analyzes, will be demonstrated the need to recognize the non-transferability of the existential content in the

user profile and eventual access to the content by the heirs is possible, however it must be exceptional and restricted, in order to protect the post mortem effect of the personality rights, as well as the need to relativize the *droit de la saisine* principle to avoid violations of the personality rights of the deceased and others who interacted with him during his lifetime.

**Key words:** User profile of “Facebook”. Digital inheritance. Rights of personality. Principle of universal succession.

**Sumário:** **1.** Introdução. **2.** Dos fundamentos do direito de herança e a sucessão legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **3.** Dos “Termos de Uso” da rede social Facebook e da relação jurídica entre usuário e plataforma. **4.** Do conceito e classificação dos bens digitais e das teorias a respeito de sua transmissibilidade sucessória. **5.** Dos efeitos *post mortem* dos direitos da personalidade e da (in)transmissibilidade do conteúdo existencial dos perfis da rede social “Facebook”. **6.** Da necessidade de relativização do princípio *droit de la saisine* e da unicidade para viabilizar a transmissão dos efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade. **7.** Do *leading case* do *Bundesgerichtshof*. **8.** Dos precedentes acerca da controvérsia no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **9.** Conclusões. **10.** Referências bibliográficas.

## **1. Introdução**

O único evento tido como certo na vida da pessoa humana é a morte biológica. Na história, cultua-se a memória da pessoa falecida, seja através de imagens, obras, lembranças tidas com aqueles que permaneceram.

O advento de novas tecnologias e uma sociedade globalizada, digitalizada e conectada provocou uma abrupta mudança estrutural nas relações humanas e, inclusive, na situação *post mortem*.

Com a crescente digitalização da vida, quando da ocorrência do evento morte, a pessoa natural não deixa apenas um patrimônio físico, mas de igual modo um patrimônio digital (músicas, livros e vídeos) e rastros digitais (mensagens, redes sociais, publicações, e-mails), que guardam intrínseca relação com a memória coletiva e social na modernidade, de modo que a vida humana não se esgota com o evento “morte biológica”, na medida em que há projeções de sua “vida” em um espaço-tempo indefinido na “internet”, que armazena relevante parte do acervo documental da humanidade.

Dentre as ferramentas que mais colaboraram com tal mudança estrutural das relações humanas, tem-se as redes sociais, que disponibilizam aos seus usuários uma plataforma que

permite a comunicação e a publicação de conteúdo por eles gerados (como, por exemplo, vídeos, fotos, textos etc.).

A rede social “Facebook” é uma das principais empresas atuante no segmento das redes sociais, tendo cerca de 3 bilhões de usuários ativos em sua plataforma<sup>1</sup>, ocupando “Meta Platforms, Inc”, empresa por trás do Facebook, a 11ª posição do ranking das empresas mais valiosas do mundo da Bloomberg<sup>2</sup>, ao passo que o seu cofundador e chefe executivo, Mark Zuckerberg figura na 12ª posição do ranking de bilionários do mundo da Bloomberg<sup>3</sup>.

Segundo estudos sobre os números da rede social “Facebook”, da Universidade Oxford, do Reino Unido, nunca na história da humanidade houve um acervo tão vasto de comportamento da cultura humana em um só lugar, em arquivos digitais<sup>4</sup>. Ainda segundo referida pesquisa, estimou-se que, no ano de 2019, a rede social possuía cerca de 30 milhões de contas de usuários falecidos e que, levando-se em consideração a taxa de mortalidade da época, projetou-se que, no ano de 2100, cerca de 1,4 bilhão de usuários estariam mortos.

Diante deste cenário, questiona-se: com a morte do usuário, o que será feito com o acervo de patrimônio e rastros digitais por ele deixado no “Facebook”? Poderão seus familiares ou herdeiros terem acesso aos referidos arquivos digitais? Pode a rede social vedar o acesso do conteúdo do perfil do usuário falecido a toda e qualquer pessoa, sob a alegação de tutela da privacidade do *de cuius*?

Segundo os termos de uso da rede social “Facebook”<sup>5</sup>, uma vez constatada a morte do usuário — o que pode se dar por meio de informação de terceiros —, a rede social transforma automaticamente o perfil do usuário em uma conta memorial, na qual apenas e tão somente o contato indicado pelo falecido, ainda em vida, como “contato herdeiro” poderá administra-la de modo restrito, podendo apenas controlar quem poderá publicar homenagens no perfil e quem poderá vê-las, não concedendo, todavia, o acesso de mensagens enviadas.

---

<sup>1</sup> Facebook fica mais perto de 3 bilhões de usuários ativos e receita cresce em 2020. Exame, 27 de janeiro de 2021. Disponível em <<<https://exame.com/invest/tecnologia/facebook-fica-mais-perto-de-3-bilhoes-de-usuarios-ativos-e-receita-cresce-em-2020/>>>. Acesso em 04 de maio de 2022.

<sup>2</sup> Meta Loses Top-10 Ranking by Market Value Admi Worst Month Ever. Bloomberg, 17 de fevereiro de 2022. Disponível em <<[<sup>3</sup> Bloomberg Billionaires Index. Bloomberg. Disponível em <<<https://www.bloomberg.com/billionaires/>>>. Acesso em 04 de maio de 2022.](https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-02-17/meta-platforms-falls-from-ranks-of-10-most-valuable-companies#:~:text=Once%20the%20world's%20sixth%20largest,to%20data%20compiled%20by%20Bloomberg.>> . Acesso em 04 de maio de 2022.</p></div><div data-bbox=)

<sup>4</sup> Em 50 anos, o Facebook terá mais usuários mortos do que vivos, diz estudo. Exame, 09 de maio de 2019. Disponível em <<<https://exame.com/tecnologia/em-50-anos-o-facebook-tera-mais-usuarios-mortos-do-que-vivos-diz-estudo/>>>. Acesso em 04 de maio de 2022.

<sup>5</sup> O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer? Facebook. Disponível em <<<https://www.facebook.com/help/103897939701143>>>. Acesso em 04 de maio de 2022.

As informações pessoais progressivamente colocadas pelos usuários nas redes sociais e na internet como um todo são chamados pela doutrina de “bens digitais”, que podem ou não ter cunho econômico-patrimonial e, inclusive, podem ter repercussões extrapatrimoniais, envolvendo direitos da personalidade *post mortem* dos usuários e de terceiros, sendo justamente este um dos desafios da controvérsia acerca da transmissibilidade do conteúdo da conta da rede social “Facebook” aos herdeiros do usuário falecido.

Em relação aos efeitos jurídicos da morte, que engloba a memória do falecido, cabe ao Direito tratá-los, fazendo-se necessário o exame da tutela jurídica dos “bens digitais” e da possibilidade de transmissão destes no ordenamento jurídico, sobretudo os existenciais, que não possuem cunho econômico, em razão da ausência de regulamentação específica e da controvérsia doutrinária acerca do tema.

Cada vez mais, o Poder Judiciário vem sendo e será demandado para solucionar problemas decorrentes da ausência da ausência de regulamentação específica acerca da transmissibilidade de bens digitais no Ordenamento Jurídico, valendo-se da técnica de ponderação como forma para criar uma solução ao caso concreto, o que revela a importância da discussão acerca do tema.

O presente artigo científico tem como objetivo analisar os posicionamentos da doutrina brasileiro acerca do tema, analisar o julgamento do *leading case* da controvérsia pelo *Bundesgerichtshof*, analisar duas decisões, proferidas pelo mesmo órgão jurisdicional, qual seja, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e apresentar uma solução à luz do Ordenamento Jurídico brasileiro.

## **2. Dos fundamentos do direito de herança e a sucessão legítima no Ordenamento Jurídico Brasileiro**

O “direito de herança” trata-se de direito fundamental, expressamente previsto no artigo 5º, inciso XXX, da Constituição da República de 1988, tratando-se, com efeito, de garantia constitucional, revestida como cláusula pétrea (art. 60, IV, CR), possuindo como destinatários o Estado e os cidadãos.

A herança é o acervo de bens, direitos e obrigações do *de cuius*, surgindo com a abertura da sucessão (*saisine*) — isto é, o momento da morte do autor da herança —, sendo a universalidade de bens deixados pelo *de cuius*, por ocasião da morte,

Nota-se que o direito à herança é intrinsecamente relacionado à ideia da propriedade privada, uma exigência da continuidade da pessoa humana, em razão do descontínuo causado pela morte e, segundo Carlos Roberto Gonçalves, “é indubitável o interesse da sociedade em



conservar o direito hereditário como um corolário do direito de propriedade”<sup>6</sup>, na medida em que, uma vez assegurado pelo Poder Público tal garantia fundamental, a sociedade é estimulada a produzir cada vez mais, para fins de acumulação de capital. Tal posicionamento também é sustentado por Silvio Venosa, segundo o qual a noção de direito das sucessões reside na ideia de que a herança se transfere dentro da família e que a ideia central da sucessão “deriva da conceituação de propriedade e, como tal, sendo dela um reflexo, dependente do tratamento legislativo da propriedade”<sup>7</sup>.

No âmbito infraconstitucional, por sua vez, o direito à herança é concretizado pelo Código Civil, que à luz da tradição luso-brasileira, adotou a sucessão legítima (*ab intestato*) e a sucessão testamentária (art. 1.786, CC).

A sucessão testamentária se dá por disposição de última vontade, por testamento, legado ou codicilo. Nesse sentido, cumpre lembrar que o Código Civil de 2002 admite disposições testamentárias de caráter não patrimonial (art. 1.857, §2º, CC), como, por exemplo, a nomeação de tutor aos filhos, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento etc. No Brasil, muito embora a procura por testamentos tenha aumentado nos últimos anos<sup>8</sup>, historicamente sempre houve uma escassez de testamentos, por motivos de ordem cultural e costumeiro e, por isto, a sucessão legítima sempre foi a mais difundida no país (art. 1.788, CC), encarregando-se a norma de dar um destino ao patrimônio do *de cuius*, presumindo a vontade do falecido.

Na ausência de disposição de última vontade, a herança transmite-se pela sucessão legítima (art. 1.788, CC), aos herdeiros legítimos indicados pela lei, conforme ordem de vocação hereditária (art. 1.829, CC). O artigo 1.791 do Código Civil de 2002 prevê que a “a herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”, por se tratar de uma universalidade de direito (art. 91, CC), a herança compreende todos os direitos que não se extinguem com a morte do *de cuius*, isto é, os direitos que eram de titularidade do falecido, dívidas, pretensões, ações e demais relações jurídicas, dotadas de valor econômico — como é o caso do direito de propriedade sobre bens incorpóreos.

A despeito da transmissão imediata da herança aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784, CC), a partir da abertura da sucessão, o inventário é o

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 7: Direito das Sucessões. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 28.

<sup>7</sup> VENOSA, silvio. Direito Civil: Sucessões. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017. P. 21

<sup>8</sup> Por causa da pandemia, procura por testamentos aumenta 41,7% em um ano no país; SP lidera ranking nacional. G1. Disponível em <<<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/07/04/apos-pandemia-procurar-testamentos-aumenta-417percent-em-um-ano-no-pais-sp-lidera-ranking-nacional.ghtml>>>. Acesso em 27 de agosto de 2022.

procedimento obrigatório pelo qual se instrumentaliza o direito sucessório, no qual há a relação, descrição e avaliação dos bens deixados pelo *de cuius* e sua subsequente partilha aos herdeiros.

Por meio do inventário se dá o cálculo da legítima, que, conforme conceitua Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, é a “parte do patrimônio de alguém que, sob pena de redução (CC 1966 A 1968), não pode ser objeto de disposição testamentária, porque pertencente aos herdeiros necessários”, cujo cálculo se dá “do todo patrimonial deixado pelo autor da herança”, devendo “todo o acervo da herança, passivo e ativo, ao valor da época da abertura da sucessão” integrar o cálculo<sup>9</sup>.

No contexto atual, com o advento de inovações tecnológica e a crescente digitalização da vida, que alteraram a repercussão da morte, questiona-se: os chamados bens digitais, mais especificamente, os perfis na rede social “Facebook”, devem seguir a transmissão conforme a ordem de vocação hereditária? Dada a complexidade do tema, não se pode restringir a análise uma lógica de mera transmissibilidade patrimonial, por não contemplar todas as situações jurídicas que compõem a seara dos chamados dos bens digitais.

### **3. Dos “Termos de Uso” da rede social Facebook e da relação jurídica entre usuário e plataforma**

Na rede social “Facebook”, no campo “Central de Ajuda”, disponível no website, consta expressamente que os perfis são “apenas para uso individual”<sup>10</sup> e, nos “Termos de Serviço”<sup>11</sup> do provedor de aplicação, ao usuário é imposta a obrigação de não fazer, materializada na abstenção de compartilhamento de senha de sua conta a terceiros ou transferi-la a terceiros, sem a permissão da rede social.

Segundo Aline de Miranda Valverde Terra, Milena Donato Oliva e Felipe Medon, os contratos celebrados entre as redes sociais e os usuários se dão por meio de adesão e adotam configuração personalíssima<sup>12</sup>. Karina Nunez Fritz, *a contrario sensu*, sustenta que o contrato celebrado entre a rede social e o usuário não detém caráter personalíssimo, sob o fundamento de que “*as prestações devidas a um usuário em nada se distinguem das prestações devidas a*

---

<sup>9</sup> NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código Civil Comentado. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 2244.

<sup>10</sup> Central de Ajuda. Facebook. Disponível em <<<https://www.facebook.com/help/112146705538576?ref=ccs>>>. Acesso em 13 de outubro de 2022.

<sup>11</sup> Termos de Serviço. Facebook. Disponível em <<<https://www.facebook.com/terms>>>. Acesso em 24 de setembro de 2022.

<sup>12</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; e MEDON, Filipe. In Herança Digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 61. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras).

*todos os demais usuários do planeta” e de que as obrigações assumidas pela plataforma são “prestações eminentemente técnicas, não talhadas a uma pessoa específica, mas prestadas a todos os usuários da rede indistintamente<sup>13</sup>”.*

Todavia, a despeito de o contrato de adesão imposto pelo “Facebook” e os serviços por ele prestados serem iguais a todos os usuários, somente o usuário que aceitou as condições impostas poderá usufruir dos serviços prestados pela rede social e, a partir dele, criar conteúdo e enviar e receber mensagens com outros usuários, conteúdo estes dotados de caráter personalíssimo, sendo justamente neste conteúdo que reside o caráter personalíssimo do contrato, na medida em que tal conteúdo, além de se tratarem de dados, são extensões dos direitos da personalidade do usuário.

A própria rede social impõe ao usuário que aceitou os “Termos de Serviço” do “Facebook”, a vedação do compartilhamento da senha de seu perfil e, inclusive, a conduta de um terceiro valer-se da senha de um usuário da rede para acessá-la configura conduta típica reprimida pelo Ordenamento Jurídico (art. 307, CP).

Nos contratos personalíssimos, as partes contratantes podem especificar quem deverá ser o responsável por prestar os serviços, não se admitindo que um terceiro o faça em seu lugar, ou quem pode contratar, ou seja, o caráter personalíssimo dessa espécie de contrato não reside única e exclusivamente sobre a parte contratada, podendo também se levar em consideração a pessoa contratada, conforme defende Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>14</sup>.

Assim, pode-se concluir que o contrato celebrado entre usuário e provedor de aplicação é de cunho personalíssimo, isto é, trata-se de negócio jurídico celebrado em razão das qualidades pessoais de um dos contratantes, no qual um terceiro não pode assumir a posição jurídica originariamente pelo usuário. Por consequência, caso o usuário (“contratante”) venha a falecer, deve se dar a extinção da relação jurídica, na medida em que nesta modalidade de contrato, inexistente possibilidade de se substituir o sujeito da relação jurídica.

O contrato celebrado entre o “Facebook” e os usuários se dá por meio de adesão, por não permitir que este possam negociar com a plataforma, de forma paritária, o conteúdo das

---

<sup>13</sup> NUNEZ, Karina Fritz. Herança Digital: Quem tem legitimidade para ficar com conteúdo digital do falecido? In Direito digital: direito privado e internet. 4ª edição. Editora Foco, 2021. *E-book*. MAGALHÃES MARTINS, Guilherme; ROZATTI LONGHI, João Victor (Coordenadores).

<sup>14</sup> NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código Civil Comentado. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. P. 847.

cláusulas e condições do negócio jurídico, impondo-as, sendo facultado ao usuário somente aceitá-las ou rejeitá-las em sua totalidade, é considerado de adesão.

O usuário, ao celebrar o contrato com o “Facebook” para, a partir de então, poder usufruir dos serviços prestados pelo provedor de aplicação, como, por exemplo, interagir com seus amigos, parentes e seguidores, o faz como seu destinatário final, enquadrando-se no conceito de consumidor, previsto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, cuja redação foi inspirada na chamada “teoria finalista”. O “Facebook”, por sua vez, por figurar como outro figurante do contrato, atuando na prestação de serviços de modo habitual e profissional, enquadra-se no conceito de fornecedor, previsto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Em relação ao objeto do contrato, pelos serviços prestados, o “Facebook”, muito embora não seja remunerado em pecúnia, de modo direto, pelo usuário, auferir renda de modo indireto, inclusive, o usuário, ao aceitar o contrato de adesão, “cede” ao “Facebook” todos os seus dados, que, por sua vez, poderá aliená-los a outras fornecedoras de produtos ou serviços, seja para auferir rendimentos indiretos, por meio de publicidade, seja para aliená-los.

Por intermédio do tratamento de dados de seus usuários e os ganhos de publicidade anunciadas na plataforma, enquadrando-se no conceito de serviço previsto no §2º, do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. Isso porque o termo “remuneração” constante no referido dispositivo legal deve ser interpretado de modo amplo, devendo, de igual modo, ser incluído no conceito de “remuneração” os ganhos auferidos de modo indireto pela plataforma, conforme entendimento fixado quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.193.764/SP, *leading case* da controvérsia acerca da sujeição dos serviços prestados pelos provedores de aplicação ao Código de Defesa do Consumidor, pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>15</sup>.

Assim, uma vez presentes os elementos subjetivos da relação de consumo, bem como presente a remuneração pelos serviços prestados pelo Facebook”, as disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem e regem a relação jurídica havida entre usuário e provedor de aplicação.

Superada as características do contrato e a norma que rege a relação jurídica usuário-“Facebook”, ao analisar o conteúdo das cláusulas que tratam do destino da conta na hipótese de morte de seu titular, constata-se que a rede social impõe a usuário somente duas opções: (i) a conversão da conta em um “memorial” tão logo o provedor de aplicação tomar

---

<sup>15</sup> REsp n. 1.193.764/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe de 8/8/2011.

conhecimento acerca do fato — o que pode se dar por meio de comunicação de estranhos ou do administrador nomeado; ou (ii) excluir a conta de modo permanente<sup>16</sup>.

O “Facebook” ainda faculta ao usuário, ainda em vida, a possibilidade de indicar um “contato herdeiro”, que será responsável por gerir o conteúdo do perfil do *de cuius* com poderes de gestão limitados — não sendo dotado da possibilidade de entrar na conta, acessar o conteúdo de mensagens trocadas pelo usuário ou remover amigos e solicitar novas amizades, por exemplo—, o que não obsta a conversão do perfil em “memorial”. Ainda, a plataforma reserva para si o direito de alterar de futuramente alterar os poderes concedidos ao “contato herdeiro”.

Nota-se que a rede social reserva para si “a última palavra” acerca do perfil do usuário falecido, reservando, impondo e restringindo escolhas de natureza existencial de seus usuários e, ainda, faz constar expressamente que, em casos raros, levará em consideração solicitações relativas a conteúdo ou informações adicionais da conta, por meio de ordem judicial, o que não garante o acesso ao conteúdo<sup>17</sup>.

O conteúdo das cláusulas, à luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor, mostra-se demasiadamente problemáticas, por serem abusivas e extrapolarem a natureza dos serviços prestados pela plataforma, colocando os usuários e consumidores em posição demasiadamente onerosa na relação obrigacional (art. 51, IV, CDC), ao autorizar o provedor de aplicação-fornecedor alterar unilateralmente o conteúdo e qualidade das cláusulas do contrato (art. 51, XIII, CDC) etc.

Isso se dá pelo fato de as cláusulas que tratam do destino da conta dos usuários do “Facebook” se encontrarem inseridas em um contrato de adesão, imposto pela maior rede social do mundo, cuja leitura, em regra, não é feita previamente pelos usuários antes de sua adesão.

Todavia, de tal posicionamento, não é possível se concluir que o “Facebook” deva permitir que todo conteúdo do perfil do usuário falecido seja disponibilizado a todo e qualquer herdeiro que se interesse e deseje acessá-lo, devendo-se respeitar a manifestação de última vontade do *de cuius*.

---

<sup>16</sup> O que acontecerá com minha conta do Facebook se eu falecer? Facebook. Disponível em << <https://www.facebook.com/help/103897939701143>>>. Acesso em 24 de setembro de 2022.

<sup>17</sup> Central de Ajuda. Facebook. Disponível em << [https://www.facebook.com/help/adsmanagerbuiltin/123355624495297?helpref=search&sr=15&query=What%20data%20can%20a%20legacy%20contact%20download%20from%20Facebook%3F&locale2=pt\\_BR](https://www.facebook.com/help/adsmanagerbuiltin/123355624495297?helpref=search&sr=15&query=What%20data%20can%20a%20legacy%20contact%20download%20from%20Facebook%3F&locale2=pt_BR)>>. Acesso em 13 de outubro de 2022.

Ainda, conforme bem explicam Aline de Miranda Valverde Terra, Milena Donato Oliva e Felipe Medon, não se pode presumir de modo absoluto e abstrato uma suposta expectativa de privacidade do usuário falecido e tampouco a impor:

Ainda no sentido de evitar generalizações, não se pode qualificar o acervo digital como um todo a partir de analogia com missivas confidenciais, mensagens íntimas ou mesmo diários. [...] O mundo é cada vez mais digital talvez não tanto porque as pessoas esperam mais privacidade – mesmo porque o ambiente digital observa violações das mais graves à privacidade, efetuados não raramente pelas próprias plataformas —, mas apenas porque almejem praticidade e economia de espaço físico. [...] Além disso, há que se considerar que a exclusão pura e simples da conta digital, com a extinção de todas as informações ali contidas, pode afetar direitos de terceiros, que não terão acesso a documento, inclusive que lhes digam respeito<sup>18</sup>.

A controvérsia acerca da possibilidade de transmissão do perfil de um usuário falecido no “Facebook”, todavia, não se restringe à abusividade e nulidade das cláusulas do contrato de adesão pela rede social, mas de igual modo no conteúdo patrimonial e extrapatrimonial do perfil do usuário.

#### **4. Do conceito e classificação dos bens digitais e das teorias a respeito de sua transmissibilidade sucessória**

Nas últimas décadas, a sociedade passou e vem passando por uma “revolução digital”, sendo os chamados “bens digitais” produto desta. Do mesmo modo que ocorre no mundo não virtual, parte do conteúdo digital possui valor econômico, dotado de caráter patrimonial e, de igual modo, há também o conteúdo digital relacionado aos direitos da personalidade, dotado de caráter existencial.

Bruno Zampier conceitua os bens digitais como *“aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na internet por um usuário, constituindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo patrimônio<sup>19</sup>”*.

Analisando-se a conceituação de bens digitais, é possível verificar que tais bens podem ser dotados de natureza patrimonial, existencial ou, até mesmo, híbrida, de modo que vem sendo defendido pela doutrina uma classificação dos bens digitais em: (i) patrimoniais; (ii) existenciais; e (iii) patrimoniais-existenciais.

Os bens digitais patrimoniais, são os bens progressivamente inseridos na internet pelo usuário capazes de gerar repercussões econômicas imediatas, ou seja, dotado de economicidade, como, por exemplo, as moedas virtuais, as milhas aéreas etc.<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; OLIVA, Milena Donato; e MEDON, Filipe. In Herança Digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 64/65. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras).

<sup>19</sup> ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milha aéreas, moedas virtuais. 2ª edição. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 63.

Os bens digitais patrimoniais inegavelmente se enquadram no conceito de propriedade imaterial ou incorpórea, na medida em que a propriedade, no contexto atual, alcança o mundo virtual. Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, os bens digitais patrimoniais, por cumprirem função patrimonial e serem passíveis de apropriação, *“a princípio, são transmissíveis e, por isso, presume-se que constituem o conteúdo do que se convencionou chamar de herança digital, em razão da identidade, em substância, com o acervo hereditário no âmbito sucessório”*<sup>21</sup>.

Já os bens digitais essenciais, que, em contraponto ao patrimonial, são relacionados aos direitos da personalidade e, por conseguinte, decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, *“os bens da personalidade que se projetam com grande eficácia no mundo digital”*<sup>22</sup>, como o direito de imagem, honra e privacidade, sendo exemplo desta espécie de bens as redes sociais, e-mails e mensagens privadas em aplicativos de internet (WhatsApp, Messenger, Telegram etc.).

Por fim, os bens digitais patrimoniais existenciais são aqueles que não podem ser enquadrados como meramente patrimonial ou existencial, envolvendo, em um só tempo, questões de ordem econômica e dos direitos da personalidade, notadamente a privacidade, sendo exemplos de tal espécie de bens digitais: o perfil na rede social “Facebook”, “Instagram” e “TikTok”, nas quais há a presença da economicidade e, de igual modo, a existência do cunho personalíssimo.

Da mera análise dos serviços prestados pelo “Facebook” (fornecer a seus usuários um meio que permita a comunicação e criação de conteúdo por eles gerados), constata-se que tal bem digital possui conteúdo existencial, por envolver os chamados dados pessoais, que são as informações relacionadas a uma pessoa natural identificada ou identificável (art. 5º, I, LGPD), bem como dados pessoais sensíveis, que são as informações sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, dados referentes à saúde ou vida sexual, entre outros (art. 5º, II, LGPD).

Para além de seu conteúdo existencial, o perfil do usuário na rede social “Facebook” também é dotado de conteúdo patrimonial, na medida em que as informações do usuário que dizem a respeito de seu perfil de consumo e outrossim as de cunho meramente pessoal são

---

<sup>20</sup> ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milha aéreas, moedas virtuais. 2ª edição. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 63/64.

<sup>21</sup> BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; KONDER, Carlos Nelson. In Herança Digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 32. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras).

<sup>22</sup> BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras). Herança Digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P.109.

calçadas de valor econômico e rentabilidade, o que, inclusive, já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.758.799/MG<sup>23</sup>.

Para Karina Nunez Fritz, é inegável o “*caráter patrimonial de um perfil do Facebook ou Instagram, onde, para além dos dados do próprio usuário, a plataforma tem acesso aos dados de todos os seus contatos*”<sup>24</sup>. Com o fim de sustentar sua conclusão, a autora mencionou um estudo realizado pelo banco alemão *Deutsche Bank*, que revelou que, no ano de 2014, a rede social alienou dados pessoais da conta de um usuário europeu por cerca de 88 euros e que, além disto, a própria rede social impõe ao usuário a obrigação de ceder uma licença gratuita de seus dados às empresas do grupo, que poderá aliená-lo.

Tal posicionamento também é sustentado por Gabrielle Bezerra Sales Sarlet, segundo a qual o conjunto dos dados pessoais e sensíveis compõe os perfis ou as identidades digitais e, por isto, estes possuem “*valor político e, sobretudo, econômico, perfazendo um patrimônio material e imaterial, e, nessa medida, podendo ser utilizado como matéria prima para uso de softwares atrelados às novas formas de controle social e das atuais modalidades de imortalização*”<sup>25</sup>.

Portanto, é inegável que, dentre as espécies de bens digitais, o perfil de um usuário na rede social “Facebook” enquadra-se como bem digital híbrido, por, ao mesmo tempo, questões de ordem patrimonial e de ordem existencial.

Tais espécies de bens digitais, por guardarem relação com os direitos da personalidade, o que gera repercussões no âmbito do direito sucessório. Karina Nunes Fritz e Laura Schertel Mendes sustentam que duas são as peculiaridades de tal espécie de conteúdo digital que impõe desafios importantes na discussão acerca da transmissibilidade dos bens digitais, sendo elas (i) o conteúdo extrapatrimonial que, por vezes, eles exprimem e (ii) o seu armazenamento pelo provedor de aplicação, que determina contratualmente um mais restrito ou maior acesso aos herdeiros (2021 *apud* ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva e KLEIN, Júlia Schroeder Bald, p. 192<sup>26</sup>).

---

<sup>23</sup> REsp n. 1.758.799/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe de 19/11/2019.

<sup>24</sup> NUNEZ, Karina Fritz. Herança Digital: Quem tem legitimidade para ficar com conteúdo digital do falecido? In *Direito digital: direito privado e internet*. 4ª edição. Editora Foco, 2021. *E-book*. MAGALHÃES MARTINS, Guilherme; ROZATTI LONGHI, João Victor (Coordenadores).

<sup>25</sup> SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Notas sobre a identidade digital e o problema da herança digital: uma análise jurídica acerca dos limites da proteção póstuma dos direitos da personalidade na internet no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 17. Thomson Reuters, 2018. *E-book*.

<sup>26</sup> ADOLFO, Luis Gonzaga Silva; KLEIN, Júlia Schroeder Bald. Herança Digital: diretrizes a partir do *leading case* do *Der Bundesherichtshof*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, 2021. P. 183/199. Disponível em: << <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/687> >>. Acesso em 28 de agosto de 2022.



Atualmente, existem 2 (duas) correntes que tratam da transmissibilidade de bens digitais, por sucessão legítima, aos herdeiros do falecido: (i) a primeira corrente (majoritária), que defende a intransmissibilidade dos bens digitais com conteúdo existencial; e (ii) segunda corrente, que sustenta que a regra geral deve ser a transmissibilidade dos bens digitais, independentemente de seu conteúdo, salvo disposição contrária e expressão de seu titular.

A primeira corrente defende a chamada “teoria da intransmissibilidade”, segundo a qual nem todo bem digital é passível de transmissão *causa mortis*. Para os defensores de tal teoria, em primeiro momento, deve-se separar os bens digitais de caráter patrimonial daqueles dotados de caráter existencial e, somente a partir disso, decidir-se-á a respeito da transmissibilidade.

Os bens digitais dotados de caráter existencial seriam intransmissíveis, por constituírem extensões do direito da personalidade e, portanto, intransmissíveis, do falecido, notadamente de sua privacidade e intimidade e de terceiros — isto além de configurar uma quebra no direito de sigilo de comunicação entre os usuários.

Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal, defensores da “teoria da intransmissibilidade”, defendem que “*somente deveria seguir a regra geral do direito sucessório os bens com características patrimonial, ao passo que os demais não estariam sujeitos à transmissão para seis herdeiros em virtude da preservação da privacidade do falecido e de todos os terceiros entrelaçados pelos conteúdos*”. Ainda segundo os autores, nem mesmo uma disposição de última vontade do falecido poderia definir a destinação dos chamados bens digitais dotados de caráter existencial, na hipótese de haver riscos de comprometer direitos da personalidade de outrem, como ocorre com conversas via WhatsApp, e-mails e redes sociais que permitem aos que seus usuários troquem mensagens entre si, como é o caso do “Facebook”<sup>27</sup>.

Já a segunda corrente defende a chamada “teoria da transmissibilidade”, segundo a qual os bens digitais, sejam eles dotados de caráter patrimonial, existencial ou híbrido, à luz do princípio da sucessão universal (*droit de la saisine*), são transmitidos de modo automático aos herdeiros, salvo disposição expressão e contrária do falecido.

Karina Nunes Fritz, uma das principais defensora de tal corrente, explica que o ponto de partida para a análise da (in)transmissibilidade dos bens digitais deve ser “*a relação*

---

<sup>27</sup> HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Exploração econômica de perfis de pessoas falecidas. In *Herança Digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 144. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras).

*jurídica que dá suporte ao uso das plataformas digitais, vale dizer, a natureza e características do contrato celebrado entre os usuários e as plataformas digitais*<sup>28</sup>.

Ainda segundo a autora, para que não haja a transmissão da relação contratual entre usuário e rede social, é necessário que a intransmissibilidade decorra de ato da autonomia privada do falecido.

Há ainda autores que defendem uma “terceira corrente”, segundo a qual o acesso ao conteúdo de bens digitais dotados de caráter existencial não possui fundamento no direito das sucessões, mas sim na legitimidade de os herdeiros tutelar extensões dos direitos da personalidade após a morte do usuário.

Maici Barboza dos Santos Colombo sustenta que o acesso ao conteúdo digital de usuário falecido não encontra respaldo no direito sucessório, na medida em que os direitos da personalidade são intransmissíveis<sup>29</sup>. Ainda segundo o autor, o acesso ao conteúdo digital de um usuário falecido deve se dar de modo excepcional aos herdeiros legitimados a tutelar direitos da personalidade do *de cuius* que se projetam após a sua morte e deve ser restrito única e exclusivamente para tal fim.

Dada a ausência de regulamentação específica acerca da transmissibilidade dos bens digitais no Ordenamento Jurídico, os magistrados, com o fim de dar uma solução ao caso concreto, vêm se valendo do sopesamento de princípios para solucionar o conflito entre o direito à herança e os direitos da personalidade, sobretudo o direito à privacidade.

## **5. Dos efeitos *post mortem* dos direitos da personalidade e da (in)transmissibilidade do conteúdo existencial dos perfis da rede social “Facebook”**

Como se nota, a controvérsia a respeito da sucessão de bens digitais dotado de conteúdo extrapatrimonial envolve direitos da personalidade do usuário falecido do perfil na rede social “Facebook” e de terceiros, fazendo-se necessário a análise de tais direitos e, em que medida, seria possível e viável a transmissão do conteúdo que exprime os perfis do usuário na plataforma.

Com o advento do Código Civil de 2002, a pessoa humana passou a ser figura central da legislação, sendo a tutela mero corolário inerente à proteção da pessoa, superando-se o

---

<sup>28</sup> NUNEZ, Karina Fritz. Herança Digital: Quem tem legitimidade para ficar com conteúdo digital do falecido? In *Direito digital: direito privado e internet*. 4ª edição. Editora Foco, 2021. *E-book*. MAGALHÃES MARTINS, Guilherme; ROZATTI LONGHI, João Victor (Coordenadores).

<sup>29</sup> COLOMBO, Maici Barbosa dos Santos. Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital. In *Herança Digital: controvérsias e alternativas*. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 117. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras).

entendimento que vigorava no Código Civil de 1916, cuja figura central e objeto de tutela era o patrimônio.

Dentre as chamadas “cláusulas gerais da tutela da pessoa humana”, há os “direitos da personalidade”, que se encontram previstos, de modo não exaustivo (Enunciado n. 274 do CJF/STJ), nos artigos 11 a 21 do Código Civil, cujo objeto é a proteção de manifestações físicas, intelectuais e morais da pessoa humana, o que, segundo Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery, é *“tudo aquilo que disser a respeito à natureza do ser humano, como, por exemplo, a vida, liberdade, proteção de dados pessoais, integridade física e moral, honra, imagem, vida privada, privacidade, intimidade, intangibilidade da família, autoestima, igualdade, segurança”*<sup>30</sup>.

Nesse sentido, Flávio Tartuce sustenta que o que se busca proteger com os chamados direitos da personalidade são os atributos específicos da personalidade, podendo-se afirmar que *“os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade”*<sup>31</sup>, podendo se concluir que todos os direitos da personalidade, por serem expressões da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, são direitos fundamentais.

Dentre os direitos fundamentais que dizem respeito à dignidade e personalidade da pessoa humana, tem-se o direito à privacidade, que apenas e tão somente com o advento da Constituição da República de 1988, passou a ser reconhecido de modo expresso.

O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República dispõe que *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”*.

Nota-se, portanto, que o constituinte não reconheceu somente um direito genérico à privacidade, mas sim optou por se referir à proteção da privacidade e da intimidade, como bens autônomos, que a despeito de tal característica, não podem ser dissociados, por serem esferas do direito fundamental à vida privada.

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o direito à privacidade como um direito cujo objeto é a *“proteção da esfera autônoma da vida privada, na qual o indivíduo pode desenvolver a sua individualidade, inclusive e especialmente no sentido da garantia de um espaço para seu recolhimento e reflexão, sem que ele seja compelido a determinados comportamentos socialmente esperados”*<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código Civil Comentado. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 190.

<sup>31</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 11ª Edição. Rio de Janeiro: METODO, 2021. P. 163/164.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P. 460.

J. J. Canotilho e Vital Moreira (2007 *apud* SARLET, Ingo, 2021, p. 460<sup>33</sup>) defendem que o direito à privacidade se subdivide e deve ser analisado, sobretudo, em “dois direitos menores”, sendo eles: (i) “o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar”; e (ii) “o direito a que ninguém divulgue as informações sobre a vida privada e familiar de outrem”, sendo um exemplo de garantia que tutela tais direitos a inviolabilidade da correspondência e o dever de reserva das cartas confidenciais e papéis pessoais.

No que se refere ao âmbito de proteção do direito à privacidade, Ingo Wolfgang Sarlet defende que se deve adotar como principal critério de que o direito à privacidade deve ser material e não formal<sup>34</sup>:

Com efeito, ao passo que, numa perspectiva estritamente formal privado (ou íntimo) seria tudo aquilo que uma pessoa decide excluir do conhecimento alheio, de tal sorte que o âmbito de proteção da privacidade seria variável consoante particular visão do titular do direito, de um ponto de vista material o direito à privacidade cobre os aspectos da vida pessoal, que, de acordo com as pautas sociais vigentes, costuma ser tido como reservado e indisponível ao legítimo interesse do Estado e de terceiros, especialmente tudo que tiver de ficar oculto para assegurar ao indivíduo uma vida com um mínimo de qualidade.

Alguns outros direitos fundamentais são garantias do direito fundamental à privacidade, como é o caso da inviolabilidade da correspondência e o dever de reserva de cartas confidenciais e demais papéis pessoais.

A inviolabilidade da correspondência e o sigilo das comunicações em geral encontra-se previsto no artigo 5º, XII, da Constituição da República. A proteção prevista no referido dispositivo constitucional abrange todas as espécies de comunicação pessoal, seja ela escrita ou oral, seja o conteúdo ou o meio de comunicação e, inclusive, a identidade dos interlocutores. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a intenção do constituinte é proteger “*o processo comunicativo intersubjetivo, no sentido da reserva das comunicações pessoais em face do conhecimento pelo Estado ou por terceiros, independentemente da maior ou menor importância do conteúdo da comunicação*<sup>35</sup>”, de modo que a noção de sigilo assume um caráter eminentemente formal, “*partindo-se de uma presunção absoluta de que o objeto da comunicação é sigiloso*”.

Muito embora a Constituição da República faça menção ao “sigilo de comunicação de dados”, não prevê, de modo expresso, um direito fundamental o à proteção dos dados pelo

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P. 460.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P. 461.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P. 480.

seu titular, o que, todavia, possui respaldo na previsão constitucional que trata do *habeas data* (art. 5º, LXXII, da CR) e guarda intrínseca relação com o direito fundamental à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo reconhecido como direito fundamental implícito no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet conceitua o direito fundamental à proteção de dados como “*a proteção da pessoa humana em sua versão atualizadas às demandas da contemporaneidade, mormente quanto ao resguardo do livre desenvolvimento de sua personalidade mediante a garantia da sua autodeterminação informacional e incluindo necessariamente a proteção post mortem*”, sendo as mais recorrentes violações à tal direito fundamental: o uso de contas e de perfis existentes e a usurpação de dados para a criação de uma conta ou perfil falso<sup>36</sup>.

O artigo 11 do Código Civil, ao tratar das características do direito da personalidade, impõe a eles as características da intransmissibilidade e irrenunciabilidade. Por força delas, os titulares de tais direitos não podem deles dispor, salvo hipóteses previstas em lei, seja transmitindo-os a terceiros ou renunciar a seu uso, de modo que tais direitos surgem e são extintos com a morte de seu titular, isto é, com a morte da pessoa natural (art. 6º, CC).

Todavia, os direitos da personalidade dotados de economicidade, no que tange aos seus efeitos patrimoniais, não são dotados das características da intransmissibilidade e irrenunciabilidade, podendo ser transmitidos e renunciados, conforme bem explica Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>37</sup>:

Embora intransmissíveis em sua essência, os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade são transmissíveis. A utilização dos direitos da personalidade, se tiverem expressão econômica, é transmissível. A autoria de obra literária (direito da personalidade) é intransmissível, mas o recebimento de valores pela comercialização da referida obra (direito patrimonial) pode ser negociado livremente, sendo, portanto, transmissível inclusive por herança (CF 5º, XXVII). [...] A irrenunciabilidade constante do texto normativo comentado respeita ao direito de personalidade *strictu sensu*, mas não aos seus efeitos patrimoniais.

Nessa mesma linha, Paulo Lobo (2017 *apud* FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; FERNANDES E PEIXOTO, Maurício Muriack de, 2018<sup>38</sup>) defende que os direitos da personalidade, com a morte de seu titular, permanecem

---

<sup>36</sup> SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Notas sobre a identidade digital e o problema da herança digital: uma análise jurídica acerca dos limites da proteção póstuma dos direitos da personalidade na internet no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 17. Thomson Reuters, 2018. *E-book*.

<sup>37</sup> NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código Civil Comentado. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 192.

<sup>38</sup> FROTA, Pablo Malheiros da Cunha; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; FERNANDES E PEIXOTO, Maurício Muriack. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece. Curitiba: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2018, v. 10, n. 19. Disponível em << <https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/192>>>. Acesso em 24 de outubro de 2022.

intransmissíveis, sendo transmissível somente projeções de seus efeitos patrimoniais aos herdeiros:

[...] o que se transmite não é o direito da personalidade, mas a projeção de seus efeitos patrimoniais, quando haja. O direito permanece inviolável e intransmissível, ainda que o titular queira transmiti-lo, pois o que é inerente à pessoa não pode ser dela destacado. A pessoa não transmite sua imagem, ficando dela privada durante certo tempo, o que acarretaria sua despersonalização. O que se utiliza é certa e determinada projeção de sua imagem (a foto, o filme, a gravação), que desta se originou. A regra do Código está, portanto, correta. No sentido do discrimine entre intransmissibilidade dos direitos da personalidade, em si, e a transmissibilidade da projeção de seus efeitos patrimoniais, decidiu o STJ (REsp 268.660) pelo direito de a mãe defender a imagem da falecida filha: “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”. O direito próprio é sobre os efeitos patrimoniais (reparação por danos morais) em virtude da sucessão hereditária. Quanto à defesa da imagem da filha, não se trata de direito próprio, mas de legitimação para defesa de direito alheio.

Por força da característica da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, somente poderá ser objeto da sucessão legítima os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade, de modo que os bens digitais dotados de caráter existencial não poderão ser objeto de transmissão *causa mortis*, em razão de sua extinção com a morte de seu titular.

Todavia, a extinção dos direitos da personalidade *strictu sensu* com a morte de seu titular não significa que eventuais projeções póstumas dos direitos da personalidade do falecido não mais serão objeto de tutela. Isso porque o Ordenamento Jurídico brasileiro reconhece os chamados “efeitos *post mortem* dos direitos da personalidade”, ao reconhecer que tais direitos podem ser violados de modo superveniente à morte de seu titular e, por isto, concede legitimidade aos herdeiros para adotar as medidas para ampla tutela dos direitos da personalidade do falecido, o que se encontra expressamente previsto no Código Civil, em seu artigo 12, parágrafo único, e artigo 20, parágrafo único.

Não parece que a intenção do legislador era permitir que os herdeiros pudessem, pleitear em seu nome, direito do falecido, porquanto, caso assim o fosse, haveria um esvaziamento do disposto no artigo 12, parágrafo único, e artigo 20, parágrafo único, ambos do Código Civil, na medida em que a legitimação da ampla tutela dos direitos da personalidade do titular, em vida, já se encontra previsto no *caput* do artigo 12 do Código Civil.

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery sustentam que seria impossível que a pessoa morta seja o titular dos direitos previstos no artigo 12, parágrafo único, do Código

Civil, cujo “objeto de tutela é o direito da sucessão dos herdeiros ao recebimento de indenização ou à cessação de ofensa sofrida por aquele de quem são herdeiros<sup>39</sup>”:

O texto do CC 12 par. ún, pode dar a falsa impressão de que o titular do direito a fazer cessa a ameaça, ou de postular a indenização seja a pessoa morta, cujo de direito da personalidade tenha sido ferido. Isto não é possível, a não ser que já estivesse em andamento pretensão nesse sentido, em cujo procedimento processual os herdeiros do lesado pudessem se habilitar. Entretanto o importante é observar que, caso o lesado venha a falecer após ter sofrido a ofensa, evidentemente, o que se protege é o direito de sucessão dos herdeiros ao recebimento de indenização ou à cessão da ofensa sofrida por aquele de quem são herdeiros. Essas pretensões podem ser, também, postuladas pelos herdeiros do morto, ou por quem demonstrar interesse jurídico para tanto, em nome pessoal, se invocada ofensa a direito da personalidade próprio, consistente em resguardo da potência sensitiva do familiar lesado.

No que se refere ao direito ao sigilo e à inviabilidade do sigilo de comunicações, por exemplo, direitos fundamentais que guardam intrínseca relação com os bens digitais, Gabrielle Bezerra Sales Sarlet sustenta que, com a morte do usuário, tais direitos tornam-se “*uma modalidade de garantia redimensionada, uma vez que a proteção póstuma dos direitos da personalidade, dentro ou fora do ambiente digital, é de caráter excepcional e se encontra ancorada no princípio da dignidade da pessoa humana*”.

Neste ponto, há de se diferenciar a tutela de direitos da personalidade do falecido da do direito autônomo dos herdeiros pleitear, em nome próprio, o ressarcimento de prejuízos decorrentes de danos sofridos por outrem (indireto), que não podem ser confundidas, em razão de o centro de interesses serem completamente distintos. Em relação à pessoa falecida, os herdeiros são legitimados a tutelar projeções de seus direitos da personalidade *post mortem* e a ela limitada, enquanto, no segundo caso, os herdeiros buscarão a tutela de direitos próprios.

O motivo de haver confusão entre eles, segundo explica Maici Barboza dos Santos Colombo, reside na coincidência no interesse jurídico tutelado e na legitimação para agir<sup>40</sup>:

A despeito de afetar reflexamente a personalidade da vítima indireta, os meios de tutela, nesses casos, fundam-se em direito próprio, eis que há coincidência entre a titularidade do interesse juridicamente tutelado e a legitimação para agir. Desse modo, a potencialidade lesiva *par ricochot* já confere aos familiares o direito de perseguir meios para tutela de sua própria personalidade, ainda que isso implique, indiretamente, a proteção de aspectos da personalidade de pessoa falecida.

Para além disso, a legitimação na ampla tutela das projeções *post mortem* do direito da personalidade não se trata de decorrência da sucessão *causa mortis*, conforme bem explica

---

<sup>39</sup> NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código Civil Comentado. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. P. 201.

<sup>40</sup> COLOMBO, Maici Barbosa dos Santos. Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital. In Herança Digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 109/110. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras).

Ana Luiza Maia Nevares (2009 *apud* COLOMBO, Maici Barboza dos Santos, 2021, p. 113<sup>41</sup>):

Ana Luiza Maia Nevares construiu o raciocínio segundo o qual as situações subjetivas extrapatrimoniais são adquiridas *iure proprio* pelos familiares do *de cuius* e, ainda que essa aquisição tenha se dado em razão da morte, não se pode concluir que se trate de sucessão *causa mortis*, pois não há continuidade no direito que era titularizado pelo falecido, ao contrário, há a extinção desse direito e o nascimento de um novo direitos aos familiares, cujo exercício deve ser orientado pelo benefício e pelo interesse da pessoa falecida.

Os perfis na rede social “Facebook” possuem o seu conteúdo protegido por uma senha, definida pelo seu usuário, por meio da qual se impede que terceiros a acessem e, por conseguinte, impede que desconhecidos tenha acesso aos dados privados nelas inseridas, o que lhes confere uma privacidade e uma expectativa de segurança.

Caso houvesse uma transmissão automática de todo o conteúdo inserido pelo usuário em seu perfil na plataforma, de modo irrestrito, por ocasião da sucessão legítima, mais especificamente do princípio *saisine*, haveria uma transmissão de direitos da personalidade do *de cuius*, que não são dotados de efeitos patrimoniais, sem absolutamente nenhuma finalidade, orientação e tampouco fundamento na tutela póstumas dos efeitos dos direitos da personalidade *de cuius*, rechaçando-se a característica de intransmissibilidade dos direitos da personalidade.

Ainda, haveria uma violação aos direitos da personalidade *strictu sensu* do falecido, que teria sua privacidade e intimidade devassada pelos herdeiros, ao se permitir que seus herdeiros tivessem acesso a todo conteúdo existencial por ele criado e vinculado ao seu perfil na rede social, em um ambiente que, em tese, lhe conferia uma legítima expectativa de tornar oculto a terceiros (inclusive, seus próprios familiares) todo o conteúdo de tal caráter, não podendo se olvidar que ao usuário sequer é facultado uma opção de manifestar a sua legítima vontade da acerca da destinação de tal conteúdo após sua morte pela própria rede social.

Para além do conteúdo existencial do usuário falecido, a rede social “Facebook”, ao permitir que seus usuários troquem mensagens entre si, concebe ao usuário a faculdade de este armazenar em seu perfil dados de conteúdo existencial de ambos os interlocutores, de modo que, ao se permitir um acesso irrestrito pelos familiares do falecido, violar-se-á direitos da personalidade não só do *de cuius*, como de todos os demais usuários com quem houve troca de mensagens.

---

<sup>41</sup> COLOMBO, Maici Barbosa dos Santos. Tutela póstuma dos direitos da personalidade e herança digital. In Herança Digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 113. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras).



Nesse sentido, Livia Texeira Leal<sup>42</sup>, considerando a impossibilidade de transmissão *causa mortis* dos direitos da personalidade e o conteúdo existencial dos perfis e contas digitais, critica a “teoria da transmissibilidade”, na medida em que esta parte do pressupostos que dados pessoais, que se referem à aspectos existenciais do falecido, devem ser transferidos, de modo automático, aos herdeiros, permitindo-se, assim, que “a privacidade da pessoa falecida seja devassada pelos familiares, por meio do acesso irrestrito às suas contas digitais e a seus ali contidos”, o que “não parece ser uma solução compatível com o sistema jurídico vigente”.

A autora, sustenta que em tais hipóteses, deve-se verificar o conteúdo contido nos perfis e contas digitais para que, a partir de então, seja verificado a possibilidade de transmissão *causa mortis* e, dado o seu caráter híbrido, “*não se deve permitir, a princípio, o acesso dos familiares, exceto em situações excepcionalíssimas, diante de um interesse existencial que prepondera no caso concreto*”.

Diante disso, pode-se concluir que, em razão da característica da intransmissibilidade dos direitos da personalidade e das eventuais violações à direitos fundamentais, o conteúdo existencial, que exprime os perfis na rede social “Facebook”, não poderia ser transmitido por sucessão legítima aos herdeiros do usuário falecido — o que também possui fundamento na natureza personalíssima do contrato celebrado entre usuário e “Facebook”.

Entretanto, isso não significa que, aos herdeiros, seria vedado de modo incondicional e absoluto o acesso a conteúdo existencial do perfil do usuário na plataforma, porquanto a ele é conferido a legitimidade para tutelar os efeitos *post mortem* dos direitos da personalidade do *de cuius*, o que pode vir a demandar o acesso excepcional aos bens digitais de caráter existencial para que possa ser exercida tal legitimação, restrito e orientado para tal exclusiva finalidade, que deve ser analisada caso a caso.

Em razão disso, além das abusividades aos direitos do consumidor-usuário perpetrada pela rede social “Facebook” que já foram expostas, uma exclusão total e completa do conteúdo existencial do perfil do usuário falecido, logo após a constatação de sua morte pela rede, seria brusca, desproporcional e irrazoável, por inviabilizar o exercício da legitimação dos herdeiros para a tutela dos efeitos póstumos dos direitos da personalidade.

## **6. Da necessidade de relativização do princípio *droit de la saisine* e da unicidade para viabilizar a transmissão dos efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade**

---

<sup>42</sup> LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, 2021, v. 16. P. 194/195. Disponível em << <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>>>. Acesso em 28 de agosto de 2022.

Karina Nunes Fritz, muito embora reconheça a intransmissibilidade dos direitos da personalidade, partindo-se do pressuposto de que os grandes conglomerados digitais (terceiros estranhos ao círculo familiar) se apropriam e dispõe dos dados pessoais dos usuários dos dados existenciais que se pretende tutelar, critica a “teoria da intransmissibilidade”, por entender que, no plano substancial, as plataformas de mídias sociais “*teriam legitimidade maior que os familiares próximos ou os herdeiros para fazer a autópsia da conta do usuário falecido e decidir o destino de seu conteúdo*”, o que, de igual modo, configuraria “uma desnecessária quebra normativa do princípio da sucessão universal<sup>43</sup>”.

Como se nota, a morte do usuário e a destinação do conteúdo por ele gerado em vida na rede social “Facebook”, bem digital híbrido (dotado de caráter existencial e patrimonial), não só envolve os direitos da personalidade, como também o direito fundamental à herança, —que, conforme já mencionado, guarda intrínseca relação com o direito da propriedade e da função social deste —, em razão do conteúdo (efeitos patrimoniais) que exprimem.

Com a morte da pessoa natural e, por conseguinte, com a abertura da sucessão, inexistindo disposição de última vontade, todo o seu patrimônio e posse é transmitido automaticamente e *ope legis* aos seus herdeiros necessários, ressalvado as hipóteses em que são extintos em razão de sua natureza, por força do disposto no artigo 1.784 do Código Civil, que consagra o princípio *droit de la saisine*.

Para a análise do conflito entre o direito à sucessão universal e os direitos da personalidade do *de cuius* deve-se aplicar a chamada “técnica da ponderação” para a solução de tal controvérsia atual e complexa (*hard case*), expressamente prevista no artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil, segundo a qual os direitos fundamentais devem ser sopesados no caso concreto pelo aplicador do direito em busca da melhor solução a ser adotada, o que demanda uma argumentação jurídica sólida e uma clara e definida exposição de motivos que levaram à conclusão adotado pelo órgão jurisdicional, conforme bem explica Flávio Tartuce<sup>44</sup>:

[...] a pesagem deve ser fundamentada, calcada em uma argumentação jurídica com solidez e objetividade, para não ser arbitrária e irracional. Para tanto, deve ser bem clara e definida a fundamentação de enunciados de preferências em relação a determinado valor constitucional.

Nesse sentido, cumpre asseverar que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.204.905/ES, já se manifestou no sentido de que acatamento ao

---

<sup>43</sup> NUNEZ, Karina Fritz. Herança Digital: Quem tem legitimidade para ficar com conteúdo digital do falecido? In Direito digital: direito privado e internet. 4ª edição. Editora Foco, 2021. *E-book*. MAGALHÃES MARTINS, Guilherme; ROZATTI LONGHI, João Victor (Coordenadores).

<sup>44</sup> TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil. 11ª Edição. Rio de Janeiro: METODO, 2021. P. 172.

princípio da *saisine* não é absoluto no direito sucessório, podendo ser afastado na hipótese de haver conflito com direitos previstos no Ordenamento Jurídico, como foi no caso concreto, com o fim de garantir o cumprimento da política de reforma agrária<sup>45</sup>.

Não há dúvidas de que os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade, dentre eles os bens digitais de caráter patrimonial, podem e devem ser transmitidos aos herdeiros do usuário falecido, o que evidencia que a chamada “herança digital” não é de todo incompatível com a sucessão legítima.

A principal controvérsia acerca da herança digital reside nos bens digitais dotados, ao mesmo tempo, de caráter patrimonial e existencial, em como iria se dar a avaliação e como os efeitos patrimoniais de tais bens poderiam ser transmitidos aos herdeiros do falecido por meio da sucessão legítima.

Uma transmissão automática e unitária dos efeitos patrimoniais de bens digitais de natureza híbrida configuraria violações à direitos da personalidade *strictu sensu* do falecido e de todos os terceiros que interagiu ainda em vida, o que justificaria uma restrição ao princípio da *saisine* e da unidade da herança.

A relativização de tais princípios poderia se dar por meio do instituto da sobrepartilha, expressamente previsto no artigo 2.021 do Código Civil e artigo 669 do Código de Processo Civil, que se trata de procedimento complementar ao inventário, com o fim de regularizar a sucessão, sendo a eles sujeitos: (i) os bens descobertos após a partilha, por desconhecimento ou negligência; (ii) os bens litigiosos, assim como os de liquidação difícil ou morosa; (iii) situados em lugar remoto da sede do juízo onde se processa o inventário; e (iv) os sonogados.

Os bens digitais híbridos enquadram-se perfeitamente no conceito de liquidação difícil, por ser necessário a realização de uma “triagem prévia” para apurar até que ponto o conteúdo neles exprimidos podem ser transmitidos, excluindo o seu conteúdo de caráter existencial, com o fim de se tutelar direitos da personalidade do *de cuius* e de terceiros.

A cisão em duas etapas dos inventários que contenham bens digitais de caráter híbrido, até o momento, mostra-se a solução mais adequada para a restrição dos princípios da *saisine* e da unicidade da herança, com o fim de adequá-la à sucessão legítima, conforme bem explica Simone Tassinari Cardoso Fleischmann e Letícia Trevizan Tedesco<sup>46</sup>:

---

<sup>45</sup> REsp n. 1.204.905/ES, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/9/2011, DJe de 3/10/2011.

<sup>46</sup> FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso; TEDESCO, Letícia Trevizan. Legítima e herança digital: um desafio quase impossível. In Herança Digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 170/171. BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras).

Defende-se a realização do princípio da unicidade do inventário, viabilizando duas etapas a ele: a primeira referente aos bens ordinários e a segunda destinada àqueles que, por algum motivo têm maior complexidade de identificação, natureza, complexidade de titularidade, dificuldades de acesso, ou mesmo avaliação.

Considerando o caráter existencial contido nos bens digitais de natureza híbrida, que, com efeito, correspondem à extensões de direitos da personalidade do perfil da rede social “Facebook” e de terceiros, na hipótese de inexistir declaração de última vontade, a relativização do princípio da *saisine* e da unicidade da herança é completamente justificável e necessária, sendo a cisão em duas etapas dos inventários, nos moldes previstos no artigo 2.021 do Código Civil e artigo 669 do Código de Processo Civil, a solução que mais se adequa atualmente ao Ordenamento Jurídico.

## **7. Do *leading case* do *Bundesgerichtshof***

O tema transmissibilidade do conteúdo da conta da rede social “Facebook” já foi objeto de julgamento da *Bundesgerichtshof*, Tribunal Federal Alemão — equivalente ao Superior Tribunal de Justiça no Brasil —, que permitiu que os pais de uma usuária falecida tivessem acesso à íntegra do conteúdo da conta de sua filha no “Facebook”, por meio da plataforma digital, fazendo prevalecer o princípio da sucessão universal em detrimento das disposições constantes nos “Termos de Uso” da rede social<sup>47</sup>.

Na ocasião, os pais de uma adolescente de 15 anos, que veio a falecer no ano de 2012, em um acidente no metrô de Berlim, ingressaram com uma ação judicial em face do “Facebook”, visando a condenação da rede social a conceder o livre acesso ao conteúdo da conta da falecida, que havia sido convertida em “memorial”.

A finalidade do acesso era compreender a verdadeira causa da morte de sua filha, por haver suspeitas de suicídio, questão esta que, de igual modo, era relevante para a defesa dos pais em outro processo judicial, no qual figuravam no polo passivo, movido pelo condutor do metrô, visando a compensação por danos morais decorrentes de seu envolvimento no acidente que deu causa à morte da adolescente.

---

<sup>47</sup> FRITZ, Karina Nunes; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. Porto Alegre: Revista Direito Público, 201. P. 188-211. Disponível em <<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>>>. Acesso em 25 de setembro de 2022.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; KLEIN, Júlia Schroeder Bald. Herança Digital: Diretrizes a Partir do Leading Case do Der Bundesgerichtshof. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, 2021. Disponível em <<[24](https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/687#:~:text=Resumo,no%20cotidiano%20de%20in%C3%BAmeras%20pessoas.>>. Acesso em 25 de setembro de 2022.</p></div><div data-bbox=)

A falecida havia criado a sua conta na rede social em janeiro/2011, com o consentimento dos pais e, desde então, foi mantida até dezembro/2012, quando, após a sua morte, houve a sua conversão em “conta memorial”.

O Bundesgerichtshof (Corte Federal Alemã) acolheu a pretensão dos autores da ação e reconheceu o direito sucessório dos herdeiros em ter acesso à conta da *de cujus* na rede social, sob o fundamento de que a pretensão decorre do contrato de consumo existente entre a adolescente e o “Facebook”, transmitido aos herdeiros com a morte, assim como se dá com as cartas e diários íntimos, por vigorar o “princípio da sucessão universal”.

Segundo o princípio da sucessão universal, todas as relações jurídicas do *de cujus* devem ser transmitidos aos herdeiros, salvo aquelas que devem se extinguir por imposição legal, acordo ou vontade do autor da herança.

No que se refere ao contrato havido entre o “Facebook” e a *de cujus*, este, segundo o Bundesgerichtshof, não se extinguiria com a morte de seu titular e, por conseguinte, deveria ser transmitido aos herdeiros quando da abertura da sucessão (princípio da *saisine*), passando os herdeiros a serem titulares da relação jurídica contratual, em razão do objeto do contrato, qual seja: a criação, acesso deste e uso do perfil. Para a Corte Federal alemã pouco importa a natureza do conteúdo digital armazenado na conta do *de cujus*, por entender que o Código Civil alemão não faz diferenciação quanto ao conjunto de direitos e deveres transmissíveis por herança entre patrimoniais e existenciais.

No que se refere à alegação de violação ao sigilo da comunicação e da proteção de dados pessoais do “Facebook”, o Bundesgerichtshof rechaçou-a, por interpretar que finalidade da norma é impedir que estranhos tenham acesso ao conteúdo e não vedar a transmissibilidade, na medida em que os herdeiros não podem ser enquadrados como “terceiros”.

Assim, inexistindo manifestação de vontade válida da autora da herança acerca do acervo digital, deve se dar a transmissão automática da posição do *de cujus* no contrato aos seus herdeiros.

Além de analisar a controvérsia a respeito da transmissão, por meio da legítima, dos bens digitais, mais especificamente da conta na rede social “Facebook”, o Bundesgerichtshof realizou o controle de legalidade das cláusulas contratuais dos “Termos de Uso” da rede social.

Segundo o Tribunal, por se tratar de contrato de adesão, as disposições que vedavam e restringiam o acesso aos herdeiros eram insuficientes para impedir a transmissibilidade aos herdeiros, por serem abusivas e, por conseguinte, nulas. A abusividade, segundo o Tribunal,

residia na alteração unilateral e após a morte do usuário de obrigações, bem como na alteração no modo em que os serviços deveriam ser prestados pelo provedor de aplicação.

Isso se dá em razão de o “Facebook” inicial e essencialmente se obrigar a disponibilizar aos seus usuários uma plataforma, por meio do qual poderão se comunicar, publicar, criar conteúdo e interagir com outros usuários, o que é completa e sensivelmente remodelado após a morte do usuário, com a conversão da conta em “memorial”, sujeitando a parte contratante a uma situação de desequilíbrio, desproporcional e desvantajosa, vedado pelo Ordenamento Jurídico alemão.

O “Facebook”, ao impor a conversão da conta em “memorial” com a morte de seu usuário, impossibilita e esvazia o princípio da sucessão universal, por impedir que os herdeiros assumam a posição do *de cuius* na relação contratual, nas mesmas condições que originalmente pactuada, o que também frustra o fim do próprio contrato do provedor de aplicação.

Nota-se, portanto, que o tribunal federal alemão, em um exemplar controle de legalidade das cláusulas dos “Termos de Serviços” do “Facebook” e uma exímia aplicação da técnica da ponderação, filia-se à “teoria da transmissibilidade”, ao fazer prevalecer o princípio da *saísine* e da sucessão universal, em detrimento de direitos da personalidade *strictu sensu* do falecido e de terceiros.

## **8. Dos precedentes acerca da controvérsia no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

No Brasil, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando do julgamento do recurso de apelação sob n. 1119688-66.2019.8.26.0100<sup>48</sup>, caminhou em sentido completamente oposto ao Tribunal Federal Alemão.

Na ocasião, a mãe da falecida valia-se do perfil de sua filha na rede social “Facebook”, com o fim de superar e atenuar a dor do luto pela perda, acessando as fotos, mensagens trocadas pela falecida ainda em vida e publicando homenagens à sua filha. O “Facebook”, por sua vez, ao tomar conhecimento da morte da usuária e do uso de seu perfil pela mãe da falecida, excluiu-o. A mãe, então, ingressou com ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais, com o fim de restaurar o perfil excluído e, desse modo, poder acessar todo o seu conteúdo.

---

<sup>48</sup> TJSP; Apelação Cível 1119688-66.2019.8.26.0100; Relator (a): Francisco Casconi; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 09/03/2021; Data de Registro: 11/03/2021.

O juiz de primeiro grau julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que: (i) o “Facebook” excluiu todo o conteúdo do perfil da usuária falecida de acordo com trâmites e regras previstos em seu “Termos de Uso”; e que (ii) a autora não possuía nenhum documento produzido pela *de cuius*, quando ainda em vida, que a autorizasse acessar o seu perfil.

Em face da sentença foi interposto recurso de apelação e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso, sob o fundamento de que: (i) inexistiu abusividade nas cláusulas previstas nos “Termos de Uso” da plataforma, reconhecendo a validade da “declaração de última vontade” da usuária falecida no que se refere à destinação do conteúdo em seu perfil na rede social; (ii) a conduta adotada pela rede social se tratava de mero exercício regular de direito e rechaçou a ocorrência de falha na prestação de serviço; (iii) no Ordenamento Jurídico atual, inexistem previsões que regulem a herança digital e que o perfil da falecida é dotado de conteúdo existencial, devendo se preservar a privacidade e a identidade da falecida, que, por serem direitos da personalidade, seriam intransmissíveis.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em outra ocasião, no julgamento do recurso de apelação n. 1074848-34.2020.8.26.0100<sup>49</sup>, novamente se filiou à “teoria da intransmissibilidade”, ao determinar que o “Facebook” restaurasse o perfil de usuária para falecida, invadido e alterado por terceiros, posteriormente convertida em “memorial” e fazendo-se constar que o perfil não era de propriedade dos herdeiros da falecida.

Na ocasião, os pais da falecida tomaram conhecimento que o perfil da filha na rede social “Facebook”, que, na época, não havia sido convertido em “memorial”, foi invadido por terceiros, que alteraram o seu conteúdo, excluindo imagens e publicações da falecida, bem como alterando seus dados. Os pais pretendiam que o “Facebook” restaurasse o perfil de sua filha falecida ao *status quo ante* à invasão pelos terceiros.

Por isso, os herdeiros ajuizaram ação de obrigação de fazer em face da rede social, objetivando a condenação do “Facebook” à obrigação de restaurar o perfil da *de cuius*, bem como indicar os registros de acesso à conta, com o fim de se responsabilizar os terceiros invasores.

O juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente a ação, para condenar o “Facebook” a restaurar o perfil da falecida na modalidade “conta memorial” e fornecer os registros dos terceiros, sob os fundamentos: (i) que a violação à direitos da personalidade da *de cuius* demandam reparação; (ii) que o perfil não é de propriedade dos autores, mas sim do

---

<sup>49</sup> TJSP; Apelação Cível 1074848-34.2020.8.26.0100; Relator (a): Ronnie Herbert Barros Soares; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/08/2021; Data de Registro: 31/08/2021

falecido; (iii) que a política da rede social era de transformação da conta em “memorial”, após a morte do usuário.

O “Facebook” e os herdeiros recorreram da decisão e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso da rede social e deu provimento ao recurso dos pais da falecida, determinando que a rede social “Facebook” restaurasse o perfil ao estado anterior da invasão, e não em conta memorial, sob o fundamento de que o conteúdo dos perfis nas redes sociais torna presente a pessoa que se foi, em razão do conteúdo nela inserido quando a usuária ainda se encontrava em vida.

Nesses casos, a causa do ajuizamento da ação possuía fundamento na tutela de interesses próprios dos herdeiros — o que não poderia se dar à luz do Ordenamento Jurídico pátrio vigente — e, somente no último caso, também havia fundamento na tutela póstuma de efeitos de direitos da personalidade da falecida, o que, todavia, não poderia justificar que os seus herdeiros pudessem ter acesso ao conteúdo existencial que o perfil na plataforma exprime, por inexistir uma finalidade para isto.

Em ambos, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo filiou-se à “teoria da intransmissibilidade” dos bens digitais dotados de cunho existencial. Contudo, nos acórdãos, inexistiu um controle de legalidade das cláusulas impostas no contrato de adesão.

Além disso, ao abordar a controvérsia que envolve os direitos da personalidade do *de cuius*, o Tribunal de Justiça ignorou o fato de que os perfis na rede social “Facebook” são bens digitais de natureza híbrida, também dotado de conteúdo patrimonial, o que permitiria a sua transmissibilidade, neste ponto. Também, na fundamentação do acórdão, não houve uma adequada conceituação sobre os “bens digitais” e não foi abordado os motivos pelos quais o princípio da *saisine* não deveria ser acatado no caso concreto, muito embora o provimento jurisdicional tenha assim determinado, e tampouco foram expostos os motivos pelos quais o perfil não poderia ser de propriedade dos autores.

No acórdão da apelação n. 1074848-34.2020.8.26.0100, que determinou a restauração completa do perfil da falecida, também neste ponto, não houve, na fundamentação, a exposição dos motivos pelos quais o conteúdo existencial nos perfis do “Facebook”, excluídos com a sua conversão em “memorial”, deveriam ser restaurados.

As omissões nas fundamentações não se coadunam com uma correta aplicação da “técnica da ponderação”.

Assim, conclui-se que, dada a atualidade e complexidade do tema, os ainda escassos precedentes judiciais acerca do tema e a inexistência de posicionamento das cortes superiores, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vem se filiando à “teoria da



intransmissibilidade” dos bens digitais, com fundamentações problemáticas, por nelas não ser aplicado, de modo adequado, a técnica da ponderação, por não haver uma argumentação jurídica sólida e robusta e, muito menos, uma clara e definida da exposição dos motivos que levaram a conclusão adotado pelo órgão jurisdicional.

## 9. Conclusão

Do exposto, conclui-se que o contrato celebrado entre o “Facebook” e seus usuários têm como principais características: (i) ser personalíssimo, em razão da parte contratante que insere um conteúdo existencial em seu perfil; (ii) ser de adesão, por ser imposto ao usuário e impossibilitar que haja uma fase negocial; e (iii) regido pelo Código de Defesa do Consumidor.

A cláusula que impõe ao usuário a escolha de destinação de seu perfil após a morte, sendo elas: ou exclusão da conta ou convertê-la em memorial, que é passível de alteração unilateral e a qualquer momento pelo “Facebook”, não se coaduna com a legislação consumerista e, para além disso, fogem do escopo do contrato e da atuação da rede. A rede social não deveria ter qualquer ingerência em escolhas existenciais de seus usuários e, muito menos, excluir todo o seu conteúdo, com base em cláusula abusiva inserida em seu “Termos de Serviços”, que sabidamente a maioria dos usuários sequer a leem antes de aceitar as suas disposições.

O conteúdo inserido pelo usuário em seu perfil no “Facebook” detém um conteúdo patrimonial e existencial, que são verdadeiras extensões dos direitos da personalidade do falecido, enquadrando-se com bem digital híbrido, por, em um só tempo, exprimir conteúdo dotado de economicidade e existencial.

Os direitos da personalidade, em decorrência de sua característica da intransmissibilidade, se extinguem com a morte de seu titular, de modo que o sistema jurídico brasileiro atual não admite que haja a sua sucessão *causa mortis*. Entretanto, isso não significa dizer que, aos herdeiros é completa e absolutamente vedados o acesso ao conteúdo existencial inserido no perfil do “Facebook” pelo falecido. Isso porque o Ordenamento Jurídico atribui aos herdeiros a legitimidade para tutelar os efeitos *post mortem* dos direitos da personalidade *strictu sensu* do falecido, o que, contudo, não corresponde ao exercício de direito próprio dos herdeiros com o fim de se reparar danos em ricochete (reflexos) a ofensas à direitos da personalidade do falecido e, muito menos, ao exercício de direito *iure proprio* do falecido, exercido por seus herdeiros.

Também em razão da legitimação dos herdeiros para se tutelar efeitos póstumos dos direitos da personalidade do falecido, a exclusão de todo o conteúdo existencial do perfil do usuário falecido pelo “Facebook” se mostra descabida, porquanto inviabilizaria o exercício de tal legitimação, nas hipóteses em que for necessário o acesso excepcional, específico e restrito de parte do conteúdo existencial do perfil para tal fim.

Os direitos da personalidade do falecido, embora extintos com a sua morte, possuem efeitos patrimoniais que transcendem a sua extinção e, em razão disso, devem ser objeto de transmissão por sucessão legítima aos herdeiros. Contudo, a transmissão *causa mortis* dos efeitos patrimoniais de direitos da personalidade de bens digitais híbridos não se deve ocorrer de modo automático, por força do princípio *droit de la saisine*, na medida em que os herdeiros do falecido, caso assim o fosse, poderiam ter um acesso irrestrito a todo o conteúdo inserido pelo *de cuius*, inclusive, ao conteúdo criado e inserido pelo autor da herança, quando ainda em vida, em um ambiente no qual, em tese, lhe era conferido uma legítima expectativa de sigilo, o que violaria direitos da personalidade do falecido e de todos aqueles com quem interagiu.

Esse conflito havido entre direitos da personalidade, direito fundamental à herança e o princípio *droit de la saisine* deve ser resolvido por intermédio da aplicação da “técnica da ponderação”, sopesando, no caso concreto, os direitos fundamentais envolvidos, para se adotar a “melhor” solução. No caso, os direitos da personalidade devem se sobrepor ao princípio da *saisine*, na medida em que eventual transmissão automática, além de violar direitos da personalidade do falecido e de terceiros, também desfiguraria a característica da intransmissibilidade dos direitos da personalidade. Entretanto, isso não significa que os herdeiros não receberiam, por sucessão *causa mortis*, os efeitos patrimoniais dos direitos da personalidade do falecido, o que poderia vir a ocorrer por meio do instituto da sobrepilha, destinado para bens de liquidação difícil ou morosa, como é caso dos bens digitais híbridos.

O tema, por ser complexo e atual, possui escassos precedentes judiciais. Da análise de alguns desses poucos precedentes, constata-se que o posicionamento que vem prevalecendo, até o momento, é o da “teoria da intransmissibilidade” dos perfis da rede social “Facebook” e que na fundamentação das decisões existem graves e preocupantes vícios, por não serem dotados de argumentos jurídicos sólidos e robustos e não fazerem menção aos motivos que levaram à conclusão adotada, isto é, por quais motivos o conteúdo existencial do perfil obstaría que os herdeiros pudessem herdar o conteúdo na rede social, inclusive os seus efeitos patrimoniais.

## 10. Referências Bibliográficas

ADOLFO, Luis Gonzaga Silva; KLEIN, Júlia Schroeder Bald. Herança Digital: diretrizes a partir do *leading case* do *Der Bundesherichtshof*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, 2021. P. 183/199. Disponível em: << <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/687> >>. Acesso em 28 de agosto de 2022.

BUFULIN, Augusto Passamani; CHEIDA, Daniel Souto. Direito sucessório e a herança digital: uma análise em perspectiva e os desafios do ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direito Privado, 2020, v. 105. P. 225/235. Disponível em << <https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/revistas-especializadas/rdpriv-105-augusto-bufulin-direito-sucessorio-e-a-heranca-digital.pdf> >>. Acesso em 27 de agosto de 2022.

BURILLE, Cíntia; HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentário ao acórdão proferido na apelação cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, 2021, vol. 28. P. 207/227. Disponível em << <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/737>>>. Acesso em 04 de março de 2022.

BROCHADO TEIXEIRA, Ana Carolina; TEIXEIRA LEAL, Livia (Coordenadoras). Herança Digital: controvérsias e alternativas. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 28.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio; LENOCY, Léo Ferreira (Coordenadores). Comentários à Constituição do Brasil. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FRITZ, Karina Nunes; MENDES, Laura Schertel Ferreira. Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital. Porto Alegre: Revista Direito Público, 2019, vol 15, n. 85. P. 188-211. Disponível em <<<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3383>>>. Acesso em 25 de setembro de 2022.

FROTA, Pablo Malheiro da Cunha; Aguirre, João Ricardo Brandão; DE FERNANDES E PEIXOTO, Maurício Muriack. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos do direito da personalidade projetados *post mortem*. Curitiba: Revista da Academia Brasileira

de Direito Constitucional, 2018, vol. 10, n. 19. P. 564/607. Disponível em << <https://abdconst.com.br/revista20/acervoPablo.pdf> >>. Acesso em 01 de maio de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro 7: Direito das Sucessões. 13ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEAL, Livia Teixeira. Internet e morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, 2021, v. 16. P. 181/197. Disponível em << <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/237>>>. Acesso em 28 de agosto de 2022.

MAGALHÃES MARTINS, Guilherme; ROZATTI LONGHI, João Victor (Coordenadores). Direito digital: direito privado e internet. 4ª edição. Editora Foco, 2021. E-book.

NERY, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código Civil Comentado. 13ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

NEVARES, Ana Luiza. Testamento virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. *civilistica.com*, 2021, v. 10, n. 1. P. 1/20. Disponível em << <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/568>>>. Acesso em 17 de março de 2022.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Notas sobre a identidade digital e o problema da herança digital: uma análise jurídica acerca dos limites da proteção póstuma dos direitos da personalidade na internet no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Revista de Direito Civil Contemporâneo, v. 17. Thomson Reuters, 2018. *E-book*.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 10ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. P. 460.

TARTUCE, Flavio. Manual de Direito Civil. 11ª Edição. Rio de Janeiro: METODO, 2021.

VENOSA, silvio. Direito Civil: Sucessões. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

ZAMPIER, Bruno. Bens Digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milha aéreas, moedas virtuais. 2ª edição. Indaiatuba: Editora Foco, 2021. P. 63.

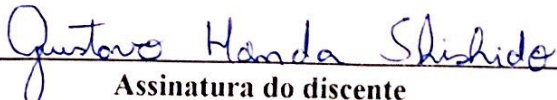


## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, **Gustavo Honda Shishido**, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31808360, período noturno, turma 10U, tendo realizado o TCC com o título: **Herança Digital: análise dos efeitos sucessórios, na sucessão legítima, sobre o perfil de usuário falecido na rede social Facebook**, sob a orientação do Professor: **André Norberto Carbone de Carvalho**, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 07 de novembro de 2022 .

  
Assinatura do discente