

**TRANSMISSIBILIDADE DO ACERVO DIGITAL DE QUEM FALECE:
EFEITOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE PROJETADOS *POST
MORTEM*¹**

**TRANSMISSIBILITY OF THE DIGITAL COLLECTION OF THOSE WHO
DIE: EFFECTS OF PERSONALITY RIGHTS PROJECTED POST MORTEM**

Pablo Malheiros da Cunha Frota²

João Ricardo Brandão Aguirre³

Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto⁴

RESUMO: O tema afeto à transmissão do acervo digital decorrente da morte de seu titular ganha relevo, em especial em virtude do imensurável volume de dados pessoais presentes nas chamadas redes sociais, além do ilimitado contingente de bens armazenados virtualmente, tais como fotografias, mensagens, depoimentos, *e-mails*, vídeos, contas bancárias e de outra categoria com acesso à *internet, flash drives*, HD, celulares, câmeras digitais, entre outros. Por conseguinte, tramitam no Congresso Nacional dois Projetos de Lei (PL): PL 4.099-B, de 2012, de autoria do Deputado Federal Jorginho Mello, e PL 4.847/2012, de autoria do Deputado Federal Marçal Filho, apensado ao primeiro. Ambos visam alterar, respectivamente, os arts. 1.788 e 1.797 do Código Civil brasileiro, para tratar dos “aspectos da denominada Herança Digital”. O presente artigo pretende proceder à análise crítica da questão referente à

¹ Trabalho submetido em 01/08/2018, pareceres de análise em 04/12/2018 e 24/11/2018 e aprovação comunicada em 07/12/2018.

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor Adjunto de Direito Civil e de Processo Civil da Graduação e Colaborador no Mestrado em Direito Agrário na Universidade Federal de Goiás (UFG). Professor de Direito Civil e do Consumidor na Universidade de Vila Velha (UVV). Diretor do IBDFAM/DF. Líder do Grupo de Pesquisa Realizando o Direito Privado na UFG. Membro do Brasilcon. Membro do Ibdcivil. Pesquisador do Grupo Virada de Copérnico (UFPR). Advogado (DF). CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0988099328056133>. E-mail: pablomalheiros07@gmail.com

³ Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor da Rede de Ensino LFG. Advogado. Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família em São Paulo – IBDFAM/SP. E-mail: jraguirre@uol.com.br; CV lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4131322P7>

⁴ Doutorando no Curso de Doutorado em Direito do Uniceub-DF. Advogado da União-AGU. E-mail: muriack@yahoo.com CV lattes: <http://dgp.cnpq.br/buscaoperacional/detalhepesq.jsp?pesq=2638874463594984>

denominada “herança digital”, bem como dos Projetos de Lei acima mencionados. Por isso, o problema a ser discutido é saber da possibilidade de no Direito Civil brasileiro, ante a ausência de lei expressa, a transmissão automática, integral ou parcial, *mortis causa* aos(às) seus(suas) herdeiros(as) do acervo digital da pessoa humana que falece? Este artigo objetiva analisar criticamente os fundamentos das duas correntes sobre o assunto e apresentar uma resposta condizente com a ordem constitucional e infraconstitucional brasileira. A primeira hipótese é a de que o Código Civil, arts. 1.788 e 1.797, com as mudanças postas nos referidos Projetos de Lei, autoriza que todos os bens do(a) falecido(a) são transmissíveis aos (às) herdeiros(as), inclusive a integralidade do acervo digital. A segunda hipótese admite a transmissão dos bens do(a) falecido(a) aos herdeiros, todavia quem faleceu possui bens digitais e não digitais que são projeção de sua privacidade e, para serem transmitidos, dependem de declaração de vontade por instrumento público ou particular, ou da comprovação de comportamento concludente, ambos em vida, do seu titular. Para que se responda ao problema apresentado, se atinja uma compreensão de sentido e das características da denominada herança digital e se possibilite o diálogo refletindo sobre as condições de possibilidade de uma resposta intersubjetiva válida, é necessário indicar a metodologia e o método presentes neste artigo. Esclarece-se sobre a metodologia de procedimento e a de abordagem, numa vertente jurídico-teórica e prática. Por sua vez, o raciocínio apresentado será de natureza hermenêutico-dialógica, buscando densificar os sentidos emanados das variadas formas de expressão do Direito e que fundam os institutos jurídicos a partir dos imperativos da historicidade não linear. Nessa senda, o método utilizado neste artigo é o fenomenológico-hermenêutico. Concluiu-se que nem todo acervo de quem falece pode automaticamente ser transmitido aos herdeiros, caso existam, pois existem direitos da personalidade que mantêm efeitos *post mortem* e somente são transmitidos se quem faleceu, em vida, declarou ou se comportou concludentemente nesse sentido, cuja prova deve ser trazida no processo de inventário judicial ou no caso de inventário extrajudicial.

Palavras Chave: Acervo digital; Transmissão condicional; Direitos da personalidade; Efeitos *post mortem*

ABSTRACT: The theme of the transmission of the digital collection due to the death of its holder gains relevancy, in particular because of the immeasurable volume of personal data present in so-called social networks, beyond the unlimited contingent of virtually stored goods such as photographs, messages, testimonials, emails, videos, bank accounts and other category with internet access, flash drives, HD, mobile phones, digital cameras, among others. Therefore, two bills of law (PL) are being processed in the National Congress: PL 4.099-B, 2012, authored and initiative of Federal Deputy Jorginho Mello, and PL 4,847 / 2012, authored and initiative of Deputy Federal Marçal Filho, to the first. Both are intended to amend, respectively, arts. 1,788 and 1,797 of the Brazilian Civil Code, to deal with "aspects of the so-

called Digital Heritage". This article intends to critically analyze the question of the so-called "digital inheritance", as well as analyzing the above-mentioned Bills. Therefore, the problem to be discussed is to verify the possibility of Brazilian Civil Law permitting or not, in the absence of an express law, the automatic and hereditary transmission, in whole or in part, of the digital collection of the deceased human person. This article aims to critically analyze the fundamentals of the two theories on the subject and present an answer consistent with the Brazilian constitutional and infraconstitutional order. The first theory to be analyzed affirms that the Brazilian civil code, with the proposed changes, authorizes that all assets of the deceased are transmissible to their heirs, which includes the digital collection. The second theory only admits the transmissibility of the digital collection to the heirs if there is previous authorization of the deceased, express or tacit, since the digital collection contains the projection of their privacy. To answer the problem presented and to understand the meaning and scope of the legal concept of "digital inheritance", it is necessary to indicate the methodology and the scientific approach adopted in this article. It clarifies the methodology of procedure and of approach, in a legal-theoretical and practical. The reasoning presented will be of a hermeneutic-dialogical nature, seeking to densify the senses emanating from the various forms of expression of the Law and that found the legal institutes from the imperatives of non-linear historicity. The method used in this article is hermeneutic phenomenological. It was concluded that not all the deceased's collection can be automatically transmitted to the heirs, if they exist, since there are personality rights that maintain post-mortem effects and are transmitted only if the deceased person in life has declared or behaved conclusively in that sense, whose evidence must be brought in the judicial inventory process or in the case of an out-of-court inventory.

Keywords: Digital collection; Conditional Transmission; Personality rights; Post Mortem effects

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Fundamentos jurídicos favoráveis e desfavoráveis aos projetos de lei nº 4.099-B e 4.847/2012, que pretendem alterar os arts. 1.788 e 1.797 do Código Civil; 3. Acervo digital do(a) falecido(a) e a sua possível transmissibilidade aos herdeiros; 4. Dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade e privacidade; 5. Conclusão; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema afeto à transmissão do acervo digital decorrente do decesso de seu titular ganha relevo em razão da ascensão tecnológica e da evolução no trato social

dela desinente, especialmente em virtude do imensurável volume de dados pessoais presentes nas chamadas redes sociais, além do ilimitado contingente de bens armazenados virtualmente, tais como fotografias, mensagens, depoimentos, *e-mails*, vídeos, contas bancárias e de outra categoria com acesso à *internet*, *flash drives*, HD, celulares, câmeras digitais, entre outros.

Por conseguinte, tramitam no Congresso Nacional dois Projetos de Lei (PL): PL 4.099-B, de 2012, de autoria do Deputado Federal Jorginho Mello, e PL 4.847/2012, de autoria do Deputado Federal Marçal Filho, apensado ao primeiro. Ambos visam alterar, respectivamente, os arts. 1.788 e 1.797 do Código Civil brasileiro, para tratar dos “aspectos da denominada Herança Digital”. O presente artigo pretende proceder à análise crítica da questão referente à denominada herança digital, bem como dos Projetos de Lei acima mencionados.

O problema que se apresenta é saber acerca da possibilidade de no Direito Civil brasileiro, ante a ausência de lei expressa, haver a transmissão automática, integral ou parcial, *mortis causa* de quem falece para quem quer que seja (pessoa humana, coletiva ou ente despersonalizado) do seu acervo digital

Destaca-se que os citados PLs pretendem suprir a omissão legislativa do Código Civil e da Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), cujo tema tem gerado repercussão na literatura jurídica⁵ e na vida cotidiana, pois herdeiros de quem falece pretendem ter acesso integral ao acervo digital do(a) falecido(a) e têm encontrado, muita vez, dificuldades para tal mister, em razão da ausência de legislação a respeito do tema.

Este artigo objetiva analisar criticamente os fundamentos das duas correntes sobre o assunto e apresentar uma resposta condizente com a ordem constitucional e infraconstitucional brasileira, tendo duas hipóteses:

A primeira hipótese é a de que o Código Civil, arts. 1.788 e 1.797, com as

⁵ Veja: FILHO, 2016 (Este é o trabalho mais robusto do Brasil sobre o tema); SPAGNOL, s/d.; BOSSO, s/d.; ATHENIENSE, 2011.

mudanças postas nos referidos Projetos de Lei, autoriza que todos os bens do(a) falecido(a) são transmissíveis às pessoas jurídicas (gênero do qual são espécies a pessoa humana e a pessoa coletiva), familiares ou terceiros, ou aos entes despersonalizados que possam acessar a integralidade do acervo digital. A segunda hipótese admite a transmissão dos bens do(a) falecido(a) às pessoas jurídicas (gênero do qual são espécies a pessoa humana e a pessoa coletiva), familiares ou terceiros, ou aos entes despersonalizados que possam acessar a integralidade do acervo digital, todavia quem faleceu possui bens digitais e não digitais que são projeção de sua privacidade e, para serem transmitidos, dependem de declaração de vontade por instrumento público ou particular, ou da comprovação de comportamento concludente, ambos em vida, do seu titular.

Para que se responda ao problema apresentado, se atinja uma compreensão de sentido e das características da denominada “herança digital” e se possibilite o diálogo refletindo sobre as condições de possibilidade de uma resposta intersubjetiva válida, (STRECK, 2014, p. 260) é necessário indicar a metodologia e o método presentes neste artigo.

Esclarece-se sobre a metodologia de procedimento e a de abordagem. A primeira utilizará o procedimento monográfico, com a análise da literatura jurídica e de outras áreas do saber. A segunda se baseará em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica⁶ da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados” (GUSTIN, 2013, p. 21).

Trazida para o contexto específico do estudo do Direito, pode-se pensar a

⁶ O sentido de crítica, positiva ou negativa, para esta pesquisa não está necessariamente vinculado a uma específica linha teórica da Escola de Frankfurt, em seus vários vieses, embora deles se possam apreender ensinamentos deveras importantes, mas sim a uma perspectiva de testabilidade do sentido atribuído aos institutos jurídicos pelos intérpretes, operadores do direito e (ou) juristas, por meio das instituições (ou não) e a sua adequabilidade àquilo que se encontra na multiplicidade do real, rejeitando-se dogmas e pensando o Direito como problema. Sobre o assunto, por exemplo, veja: SANTOS COELHO, 2012.

temática apresentada numa vertente jurídico-teórica, não se descurando do desenvolvimento de sua repercussão prática, como se exige de qualquer investigação no campo das disciplinas sociais aplicadas. (GUSTIN, 2013, p. 21).

Por sua vez, o raciocínio apresentado será de natureza hermenêutico⁷-dialógica (MORIN, 2007, p. 300-301), buscando densificar⁸ os sentidos emanados das variadas formas de expressão do Direito e que fundam os institutos jurídicos a partir dos imperativos da historicidade não linear.

Nessa senda, o método utilizado neste artigo é o fenomenológico-hermenêutico, com o explica Streck, André Karam e Rafael Tomaz:

o método fenomenológico, pelo qual se reconstrói o problema jurídico a partir de sua história institucional, para, ao final, permitir que ele apareça na sua verdadeira face. O Direito é um fenômeno que se mostra na sua concretude, mas sua compreensão somente se dá linguisticamente. Por isso, compreender o fenômeno jurídico significa compreendê-lo a partir de sua reconstrução. Não existem várias realidades; o que existe são diferentes visões sobre a realidade. Isto quer dizer que não existem apenas relatos ou narrativas sobre o Direito. Existem, sim, amplas possibilidades de dizê-lo de forma coerente e consistente.

Assim, cada caso jurídico concreto pode ter diferentes interpretações. Mas isso não quer dizer que dele e sobre ele se possam fazer quaisquer interpretações. Fosse isso verdadeiro poder-se-ia dizer que Nietzsche tinha razão quando afirmou que “fatos não existem; o que existe são apenas interpretações”. Contrariamente a isso, pode-se contrapor que, na verdade, *somente porque há fatos é que existem interpretações.* E estes fatos que compõem a concretude do caso podem – e devem – ser devidamente definidos e explicitados. (STRECK, 2016/2017)

Como diz Streck, *a escolha pela fenomenologia representa a superação da metafísica no campo do Direito*, de tal modo que uma abordagem hermenêutica – e, portanto, crítica – do Direito jamais pretenderá ter a última palavra. E isso já é uma grande vantagem, sobretudo no paradigma da intersubjetividade. (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 325).

Os fatos jurídicos que relacionam os dois projetos de lei e este artigo são eventuais conflitos entre os herdeiros e terceiros sobre a possibilidade de transmissão de todos ou de parte do acervo digital de titularidade do(a) autor(a) da herança após a sua morte, haja vista a importância econômica e não econômica que o mencionado

⁷ Veja STRECK, 2014.

⁸ Sobre o tema: FREITAS FILHO, 2009.

acervo adquiriu no final do século XX e início do século XXI com a evolução tecnológica e em decorrência da ausência de lei para regular a denominada herança digital.

Para cumprir a finalidade do presente artigo, este foi dividido em duas partes, além da introdução e de seus aspectos metodológicos: (i) fundamentos jurídicos favoráveis e desfavoráveis aos projetos de lei; (ii) conclusão pela aprovação ou pela rejeição dos mencionados projetos de lei.

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS AOS PROJETOS DE LEI Nº 4.099-B E 4.847/2012, QUE PRETENDEM ALTERAR OS ARTS. 1.788 E 1.797 DO CÓDIGO CIVIL

“A morte é um problema dos vivos” Norbert Elias (1995, p. 3)

A frase de Norbert Elias expressa bem que os problemas advindos com a morte de alguém são suportados pelos(a) herdeiros(a) que sucedem o(a) falecido(a). Por isso, a clássica lição de Clóvis Beviláqua permanece atual, qual seja, o direito hereditário ou das sucessões “é o complexo de princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir” (BEVILAQUA, 1983, p. 14). Orosimbo Nonato, ao ressaltar que o sentido estrito da palavra sucessão refere-se à sucessão *causa mortis*, a define como “devolução do patrimônio do de cujus a uma ou mais pessoas pela defunção do primeiro” (NONATO, 1957, p. 22).

Como se vê, o Direito das Sucessões é tratado, historicamente, como o *locus* reservado à normatização de situações jurídicas patrimoniais, já que destinado a regulamentar a transmissão do patrimônio do(a) falecido(a) para depois de sua morte. Nesse passo, as situações jurídicas existenciais também constituem objeto do direito sucessório, o que se verifica notadamente no que se refere aos direitos da personalidade do(a) falecido(a), na forma do art. 12, parágrafo único, do Código

Civil.

Nessa linha de tutela das situações existenciais e patrimoniais sucessórias de quem falece, precisa-se apontar qual é a função do Direito Sucessório na atual quadra do Direito Civil brasileiro, sabendo-se que há uma miríade de sentidos atribuídos ao significante função.

O sentido⁹ utilizado neste artigo é o de identificar o termo função, seja qual for o seu conteúdo, como um contributo (a que serve e a quem serve) que o instituto jurídico “deve trazer para determinados entes – sejam eles indivíduos determinados, grupos de indivíduos ou a sociedade de modo difuso” (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 144-150). A função, por conseguinte, não limita o conteúdo dos institutos jurídicos, mas serve de contributo, isto é, algo que o instituto jurídico deve realizar em favor de alguém. (PIANOVSKI RUZYK; BÜRGER, S.d).

Nesse diapasão, a função do direito das sucessões é regular a transmissão de bens patrimoniais e existenciais, estes quando possíveis, do(a) falecido(a) aos herdeiros, respeitando-se princípios¹⁰ constitucionais e infraconstitucionais,

⁹ Significado indica “as potenciais compreensões que se pode obter quando uma palavra é considerada abstratamente, ou o conjunto de sentidos plausíveis de uma palavra; já <<sentido>> é o uso concreto de um significado. Ou seja, entende-se por <<sentido>> o significado adicionado do contexto do uso da palavra”. (SGARBI, 2013, p. 31). Sobre o tema vejam: FREITAS FILHO, 2008; FREITAS FILHO, 2009.

¹⁰ Princípios tidos como padrão de comportamento de uma determinada comunidade (alteridade) em um dado momento histórico, que respeita e problematiza a tradição institucional daquela comunidade de forma íntegra e coerente, não se tornando os princípios cláusulas abertas ou de fechamento de lacuna do sistema, mas sim um prático “fechamento hermenêutico, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito”. Em toda regra, contém um princípio, muitas vezes o da igualdade. A aplicação de um princípio jurídico “deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, *ligando-se a uma cadeia significativa*, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito (...) a aplicação do princípio para justificar determinada exceção não quer dizer que, em uma próxima aplicação, somente se poderá fazê-lo a partir de uma absoluta similitude fática. Isso seria congelar as aplicações. O que é importante em uma aplicação desse quilate é *exatamente o princípio que dele se extrai*, porque é por ele que se estenderá/generalizará a possibilidade para outros casos, em que as circunstâncias fáticas demonstrem a necessidade da aplicação do princípio para justificar uma nova exceção. Tudo isso formará uma cadeia significativa, forjando uma tradição, de onde se extrai a integridade e a coerência do sistema jurídico. Esse talvez seja o segredo da aplicação principiológica.” A distinção regra e princípio não pode ser estrutural, como faz Alexy – regra como

(TEIXEIRA; KONDER, 2012, p. 7)¹¹ como o princípio da dignidade da pessoa humana¹² (CR/88, art. 1º, III), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É sob esses fundamentos que se deve proceder à análise das questões atinentes à sucessão e, especialmente, à sucessão do acervo digital de quem faleceu.

A herança é o conjunto de bens, direitos, deveres, dívidas e obrigações, quando existirem, deixados pelo(a) falecido(a) aos seus herdeiros, sendo um todo unitário (CC, art. 1.791) qualificada como direito fundamental¹³ (CR/88, art. 5º, XXX), cláusula pétrea (CR/88, art. 60, IV) e tutelada pelo Código Civil, nos arts. 1.784-2.027.

Os direitos dos(as) herdeiros(as) advindos da sucessão legítima ou testamentária aberta são considerados bens imóveis, de acordo com o art. 80, II, do Código Civil. Nesse passo, falecendo uma pessoa humana, a sucessão é aberta e transmite-se a herança aos herdeiros legítimos e testamentários.

mandado de definição e princípio como mandado de otimização – pois, no viés hermenêutico, a distinção estrutural não resolve o problema da concretização, porque os princípios somente se apresentam se a subsunção das regras ao caso não resolverem a questão. “Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras”. (STRECK, 2014, p. 549, 556, 557, 565 e 566. Veja também sobre o assunto, as páginas 567-574).

¹¹ “Efetivamente, o Direito Sucessório justifica-se como significativo ramo do Direito Civil-Constitucional, a enfeixar, majoritariamente, um conjunto de regras de ordem pública, imperativas, bem como, em menor proporção, de regras dispositivas, isto é, supletivas da vontade particular”. (VIEIRA DE CARVALHO, 2017, p. 18).

¹² Este será densificado em tópico específico.

¹³ Os direitos fundamentais conferem validade jurídica à lei, estando acima destas, como se extrai da Constituição portuguesa, art. 18, e da Constituição brasileira de 1988, art. 5º, § 1º. O sentido atual dos direitos fundamentais abarca duas perspectivas contrárias: a) *individualismo liberal* (*liberalismo*) e b) compreensão *comunitária* – direitos têm deveres correlatos de sentido. Esta concepção comunitária supera a ideia de *indivíduo* titular de direitos, de *sujeito* que assume os direitos no quadro de cidadania vinculante e aponta para a concepção de *pessoa*, com uma constitutiva e indefectível responsabilidade comunitária. (CASTANHEIRA NEVES, 2007, p. 229-268, p. 233). Nesse diapasão, os direitos fundamentais servem para desnaturalizar os usos, costumes e tradições que no pretérito eram normalizados, ex.: a desigualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, presente, por exemplo, no Código Civil de 1916. Esses direitos, portanto, envolvem uma gama de situações e de relações políticas, econômicas e jurídicas que demandam um estudo de um enorme cabedal institucional, jurídico e social, pois políticas setoriais, planos, programas, projetos, leis e orçamento são elaborados com o intuito de efetivar o mandamento constitucional de desenvolvimento de uma sociedade mais justa e solidária (CR/88, arts. 3º, I, e 170, *caput*). (FROTA, 2015, p. 280-281).

Mesmo que os(as) herdeiros(as) não estejam cientes do falecimento do *de cuius*, adquirem a posse dos bens deixados à sucessão (direito de *saisine* – CC, art. 1.784). Com isso, até a partilha, a herança é regulada pelos enunciados normativos atinentes ao condomínio – CC, arts. 1.314-1.326.

Não pode haver a cessão ou a alienação de bens singulares pelos(as) herdeiros(as) até a partilha destes, mas sim somente das quotas ideais de cada herdeiro(a), respeitados o direito de preferência dos(as) demais coerdeiros(as) sobre terceiros (CC, arts. 1.794-1.795), mediante escritura pública (CC, art. 1.793). Além disso, parcial ou integral, os direitos à herança (universalidade de bens) podem ser pedidos pelos(as) herdeiros(as) de e perante terceiros (CC, art. 1.825), haja vista a indivisibilidade da herança.

Aos(às) herdeiros(as) necessários(as) (CC, art. 1.845 - descendentes, ascendentes e cônjuges) pertence a metade dos bens da herança, que se denomina de legítima (CC, art. 1.846), cujo cálculo se faz “sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação” (CC, art. 1.847).

Os arts. 1.788 e 1.797 do CC, que são objeto dos citados Projetos de Lei possuem as seguintes redações:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Art. 1.797. Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente:

I - ao cônjuge ou companheiro, se com o outro convivia ao tempo da abertura da sucessão;

II - ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho;

III - ao testamenteiro;

IV - a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

Diante do que foi exposto, a integralidade do acervo digital, do(a) falecido(a) são transmissíveis à alguém?

Para responder a questão retrocitada, o Projeto de Lei n.º 4.099-B/2012 visa acrescentar parágrafo único no art. 1.788 do CC, com a seguinte redação: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais do autor da herança”.

No PL n.º 4.099-B/2012, em seu relatório, o Deputado Federal Relator Onofre Santo Agostini, afirma a justificativa do autor do PL:

O Direito Civil precisa ajustar-se às novas realidades geradas pela tecnologia digital, que agora já é presente em grande parte dos lares. Têm sido levadas aos Tribunais situações em que as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de internet e as soluções têm sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas.

(...)

O melhor é fazer com que o direito sucessório atinja essas situações, regularizando e uniformizando o tratamento, **deixando claro que os herdeiros receberão na herança o acesso e total controle dessas contas e arquivos digitais.** (grifo nosso)

O Deputado Relator asseverou:

O PL n.º 4.099, de 2012, e o PL 4.847/12 não afrontam o ordenamento jurídico e nem a técnica legislativa.

Quanto ao mérito, não há lei que trate sobre a sucessão de “bens virtuais” do *de cuius* aos herdeiros da herança. Assim, a aprovação da presente proposição atende aos pleitos dos tempos modernos e atualiza a legislação. É sabido que houve crescimento nas aquisições na internet de arquivos digitais de fotos, filmes, músicas, e-books, aplicativos, agendas de contatos, entre outros; e a utilização das contas das redes sociais.

Neste sentido, somos pela aprovação do PL n.º 4.099, de 2012, e do PL 4.847/2012, pois visam à pacificação dos conflitos sociais.

Diante ao exposto, voto pela constitucionalidade, juridicidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação dos PL n.º 4.099, de 2012 e do PL 4.847/2012.

Na linha do projeto de lei anterior, o Deputado Federal Marçal Filho apresentou o Projeto de Lei n.º 4.847/2012 para realizar alteração no art. 1.797 do Código Civil, acrescentando o art. 1.797-A, B e C:

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

I – senhas;

II – redes sociais;

III – contas da Internet;

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

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

Art. 1.797-C. Cabe ao herdeiro:

I - definir o destino das contas do falecido;

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

b) - apagar todos os dados do usuário ou;

c) - remover a conta do antigo usuário. (grifos nossos).

O mencionado parlamentar apresentou os seguintes fundamentos:

Tudo o que é possível guardar em um espaço virtual – como músicas e fotos, passa a fazer parte do patrimônio das pessoas e, conseqüentemente, da chamada “herança digital”.

O Caderno TEC da Folha de S. Paulo trouxe uma reportagem sobre herança digital a partir de dados de uma pesquisa recente do Centro para Tecnologias Criativas e Sociais, do Goldsmiths College (Universidade de Londres). O estudo mostra que 30% dos britânicos consideram suas posses on-line sua “herança digital” e 5% deles já estão incluindo em testamentos quem herdará seu legado virtual, ou seja, vídeos, livros, músicas, fotos e e-mails.

No Brasil, esse conceito de herança digital ainda é pouco difundido. Mas é preciso uma legislação apropriada para que as pessoas ao morrerem possam ter seus direitos resguardados a começar pela simples decisão de a quem deixar a senha de suas contas virtuais e também o seu legado digital. (...)

Dessa forma, o presente Projeto de Lei pretende assegurar o direito dos familiares em gerir o legado digital daqueles que já se foram. (Grifos Nossos).

Trazida essa fundamentação, passa-se ao tópico seguinte à análise da constitucionalidade de tais fundamentos ensejadores da necessidade (ou não) de alteração do Código Civil no ponto.

3. ACERVO DIGITAL DO(A) FALECIDO(A) E A SUA POSSÍVEL TRANSMISSIBILIDADE AOS HERDEIROS

A evolução tecnológica, mormente na segunda metade do século XX e início do século XXI, permitiu que bens com materialidade física fossem armazenados virtualmente, como fotografias, mensagens, depoimentos, *e-mails*, vídeos,

comentários e postagens em redes sociais, contas bancárias e de outra categoria com acesso à *internet*, *flash drives*, HD, celulares, câmeras digitais, entre outros.

O acesso, a catalogação, a seleção e o descarte do acervo digital, portanto, não é uma tarefa simples, a ratificar a afirmação de Sérgio Branco: “Em outras palavras, após o surgimento da *internet*, passou-se a morrer de modo menos definitivo”. (BRANCO, 2017, p. 103).

Existem diversas demandas judiciais nas quais herdeiros(as) de quem falece querem acessar o acervo digital do(a) falecido(a) e eram impedidos(as), por exemplo, pelo Facebook e similares; ou tais redes sociais compilavam fotos postadas pelo(a) usuário e, em seguida, realizava retrospectiva com tal material mesmo após a morte do(a) usuário(a). Isso levou o Facebook e a Google a colocarem um campo denominado herdeiros digitais ou gerenciador de contas inativas, para que o(a) titular da conta nomeasse se alguém poderia gerir a conta da rede social após o seu falecimento.¹⁴

Este e outros problemas se relacionam com o acervo digital de uma pessoa humana, a ensejar a relevância da discussão sobre o acesso do acervo digital tendo ele valoração econômica (ou não), como procura tratar os citados projetos de lei.

Feitos esses esclarecimentos o acervo digital é o “conjunto de bens de potencial valor econômico armazenados virtualmente ou virtuais”, abarcados pela ideia de herança, uma vez que não há restrição no ordenamento jurídico para esses bens estarem abrangidos na ideia de herança. (COSTA FILHO, 2016, p. 30-31)

Não obstante haja divergência de sentido sobre o significante bem,¹⁵ adota-se a reflexão de Paulo Lôbo sobre o assunto:

¹⁴ Veja: BRANCO, 2017, p. 104-107.

¹⁵ Veja por exemplo, Caio Mário da Silva Pereira: “Bem é tudo que nos agrada”, diferenciando-se das coisas: “Os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: as coisas são materiais e concretas, enquanto que se reserva para designar imateriais ou abstratos o nome bens, em sentido estrito.” (PEREIRA, 2004, p. 403). Em sentido contrário e considerando bem espécie do gênero coisa, Sílvio Rodrigues: “Coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem”. E “bens são coisas que, por serem úteis e raras, são suscetíveis de apropriação e contêm valor econômico.” (RODRIGUES, 2003, p. 116).

No âmbito do direito civil, bens são todos os objetos materiais ou imateriais que podem ser suscetíveis de apropriação ou utilização econômica pelas pessoas físicas ou jurídicas. Neste conceito estrito incluem-se tanto uma casa (bem material) quanto os direitos patrimoniais de autor (bens imateriais). Não inclui, conseqüentemente, o que pode ser considerado “bem jurídico”, de modo amplo, ou seja, tudo o que o direito considere relevante para sua tutela. O direito da personalidade, por exemplo, é um bem jurídico, mas não bem no sentido ora empregado. (LOBO, 2015, p. 191)

Esse acervo poderia ser enquadrado como bem fora do comércio? Por isso, colaciona-se o sentido de bens fora do comércio:

O CC anterior aludia aos bens “fora do comércio”, a saber, os que não podem ser objeto de disposição ou negociação, quando um interesse maior se apresenta. Os direitos da personalidade ou as zonas ambientais protegidas são exemplos de bens que não podem ser transmitidos de seu titular para outrem. Quando o direito exclui um bem do tráfico jurídico – ou o põe “fora do comércio” –, determina sua natureza de uso pessoal, de uso comunitário e até mesmo de não uso, no atendimento a valores relevantes. Talvez por essa razão o CC de 2002 manteve a denominação “bens”, como gênero, mas deixou de tratar os bens fora do comércio, o que a tornou dispensável; entre os que classificou não há bens que não possam ser considerados “coisas”. Esse é o termo utilizado pelo Código na parte especial, cujo Livro III é intitulado “do direito das coisas”. Os bens públicos permaneceram na classificação dos bens do CC, mas até estes podem ser qualificados como coisas, no sentido que estamos a empregar. (LOBO, 2015, p. 191)

Pode-se afirmar que, geralmente, a literatura jurídica pátria indica quatro características dos bens: economicidade, utilidade, suscetibilidade de apropriação e exterioridade.

De maneira geral a doutrina jurídica brasileira, refletindo a natureza patrimonializante e individual do bem, aponta como suas características: economicidade, utilidade, suscetibilidade de apropriação, exterioridade (Gomes, 2001, p. 199; Diniz, 2005, p. 309; Gagliano, Pamplona, 2002, p. 259; Amaral, 1998, p. 290). Essas características têm sido relativizadas, ante as profundas transformações contemporâneas das relações da pessoa humana com o meio ambiente e com outros interesses difusos e coletivos. Há bens econômicos e não econômicos, úteis e não úteis, apropriáveis e não apropriáveis, exteriores e inerentes à pessoa. No sentido corrente – e de certo modo filosófico –, coisa é tudo o que pode ser pensado, ainda que não tenha existência real e presente. No sentido físico, coisa é tudo o que tem existência corpórea ou, pelo menos, é suscetível de ser captado pelos sentidos (Pinto, p. 341). No sentido jurídico há grandes variações, presentes nas definições legais. O CC brasileiro não define coisa, como o

fez o art. 202 do Código Civil português: “Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objeto de relações jurídicas”. Não é a melhor definição, pois confunde coisa com objeto de relações jurídicas; a prestação de um serviço, por exemplo, é objeto de relação jurídica, mas não é coisa. (...) Objeto do direito é algum bem da vida, que pode inclusive ser indisponível, como a vida e a liberdade. Por exemplo, o prédio, o equipamento médico, o direito patrimonial de autor, a energia são bens ou coisas e objetos de direito; o fazer e o não fazer, a honra e a integridade física e psíquica são objetos do direito, mas não são coisas ou bens. O direito civil contemporâneo não mais confunde coisa com bem exclusivamente material. Há coisas materiais e coisas imateriais, ou coisas corpóreas e coisas incorpóreas. A quota ou a ação de uma empresa é coisa imaterial, de valor econômico e que circula no mundo econômico. Sob o ângulo da circulação, coisa é mais expressiva que bem, como objeto de prestação obrigacional. Nas obrigações civis, há prestação de dar ou de restituir coisas; ou de dar coisa certa ou coisa incerta; de dar coisa presente ou coisa futura. Portanto, doravante, utilizaremos bens e coisas indistintamente, com preferência para o segundo termo. O valor econômico da coisa não é relevante para a conceituação desta. Há bens sem valor econômico, mas que possuem valor estimativo para seu titular, como a coleção de jornais velhos de certa época ou de retratos de família. Há ainda coisas cuja despesa de manutenção supera seu eventual valor, mas que podem ingressar no tráfico jurídico, mediante doação, por exemplo. Bens imateriais, ou seja, direitos sobre algo, podem ser equiparados aos bens móveis, para fins de classificação e distinção aos bens imóveis. São assim classificados os direitos reais sobre bens móveis alheios (exemplo, penhor, usufruto) e os direitos de crédito, em virtude de obrigação convencional (exemplo, contrato) ou legal (exemplo, responsabilidade civil por danos). Esses direitos nunca se imobilizam. O credor pode transferir, mediante pagamento ou outra vantagem, seu crédito a outrem. Do mesmo modo, os títulos de créditos, as ações de empresa negociadas em bolsa de valores, as quotas de fundos de investimento, enfim, tudo o que se convencionou denominar valores mobiliários. Os direitos patrimoniais de autor consideram-se bens móveis, podendo a criação intelectual (a música, o livro, o projeto arquitetônico, o programa de computador, a representação teatral, o direito de arena do esportista) ser objeto de cessão, concessão, permissão, para que outrem a explore economicamente. São, igualmente, bens móveis as criações industriais patenteadas, as marcas de produtos ou serviços, os nomes de empresas e outros signos distintivos de interesse econômico. (LOBO, 2015, p. 191, 192-200)

A classificação de qualquer instituto ou fenômeno jurídico, se refere ao critério de utilidade, segundo Genaro Carrió:

não são verdadeiras nem falsas, são **úteis** ou **inúteis**: suas vantagens estão submetidas ao interesse de quem as formula e à sua fecundidade para apresentar um campo de conhecimento de maneira mais facilmente compreensível ou mais rica em consequências práticas desejáveis (...) Sempre há múltiplas maneiras de agrupar ou classificar um campo de

relações ou de fenômenos; o critério para escolher uma delas não está circunscrito senão por considerações de conveniência científica, didática ou prática. Decidir-se por uma classificação não é como preferir um mapa fiel a um que não o seja... é como optar pelo sistema métrico decimal face do sistema de medição dos ingleses (tradução livre). (CARRIÓ, 1965, p. 72-73)

O acervo digital, portanto, é suscetível de apropriação ou de utilização econômica e não econômica pelas pessoas humanas e coletivas e pelos entes despersonalizados, sendo classificados como bens imateriais (direitos sobre algo) e móveis (CC, art. 82), de acordo com a literatura jurídica retrocitada. Bens digitais como *sítios eletrônicos, músicas, filmes, livros*, entre outros podem ser transmissíveis por meio da partilha de bem do(a) falecido(a). Por exemplo, *sítios eletrônicos* podem representar mais da metade do patrimônio de alguém.¹⁶ (COSTA FILHO, 2016, p. 31)

A classificação acima permite que textos, fotos, arquivos de áudio e outros bens podem ser armazenados virtualmente, guardados em *hardware* do usuário ou em provedores contratados por este. Mesmo os arquivos digitais sem conteúdo econômico (COSTA FILHO, 2016, p. 34-35) ou com conteúdo econômico que sejam projeção privacidade de cada pessoa humana podem ser objeto de partilha, desde que o(a) falecido(a), em vida faça uma declaração de vontade expressa por instrumento público ou particular ou por comportamento concludente¹⁷ devidamente comprovado. Caso um dos dois fatores mencionados não ocorra, tais bens serão considerados fora

¹⁶ Marco Cota Filho alude: “O potencial econômico do acervo digital é inegável. Em pesquisa realizada no período de 8 a 13 de dezembro de 2011, a pedido da empresa de segurança informática McAfee, a MSI Internacional entrevistou 323 consumidores brasileiros sobre o valor financeiro que atribuem aos seus ativos digitais. Foram avaliados downloads de música, memórias pessoais (como fotografias), comunicações pessoais. (e-mails ou anotações), registros pessoais (saúde, finanças e seguros), informações de carreira (currículos, carteiras, cartas de apresentação, contatos de e-mail), passatempos e projetos de criação. Disso constatou-se que: O valor total atribuído pelos brasileiros entrevistados aos arquivos digitais é R\$ 238.826,00. Os entrevistados indicam que 38% dos seus arquivos digitais são insubstituíveis, o que significa que o valor do seu patrimônio insubstituível é R\$ 90.754,00. COSTA FILHO, 2016, p. 31-33.

¹⁷ O comportamento concludente tem por sentido retornar o comportamento que expressa vontade tácita a um modelo negocial. Sobre comportamento concludente veja: MOTA PINTO, 1995.

do comércio.

Os bens do(a) falecido(a) armazenados em ambiente virtual em *hard drives* de titularidade proprietária do(a) falecido(a) podem ser transferíveis, já que possuem uma mídia tangível que os contém, qual seja, o *hardware* herdado. Por isso, textos e fotos em acervo digital no computador pessoal do(a) falecido(a) são equivalentes aos álbuns de foto corpóreos armazenados em cômodos de um imóvel. (COSTA FILHO, 2016, p. 35-36)

Nesse passo, os arquivos armazenados virtualmente por meio de serviços *online*, como no caso do *Dropbox*, *contas de e-mail* ou de redes sociais, para alguns, são regidos pelos termos de serviços contratados, pois, no Direito brasileiro, não há legislação específica para isso. (COSTA FILHO, 2016, p. 35-36) Isso ensejou os citados Projetos de Lei n.ºs 4.099/2012 e 4.847/2012.

Na linha de categorização jurídica do acervo digital, importante refletir sobre alguns arquivos digitais específicos, como os *e-books* (livros eletrônicos), a fim de saber se eles compõem o conjunto patrimonial de quem os adquire gratuita ou onerosamente, para, em seguida, fundamentar a constitucionalidade dos referidos projetos de lei.

Se está correta a afirmação de que são os termos de serviços contratados os regedores do acervo digital, os *e-books*, segundo tais termos, como o caso do Kindle, da Amazon, são de titularidade de quem os aliena e, portanto, quem os adquire possui somente a licença de uso do *e-book*, não sendo, destarte, titular proprietário do livro eletrônico, como o é quando adquire um livro impresso. (BRANCO, 2017, p. 108-109) Noutros termos, pelos termos de serviços contratados, os *e-books* não seriam, em nenhuma hipótese, transmitidos a quem sucede a pessoa humana que falece, salvo se os titulares dos *e-books* (quem alienou os livros eletrônicos a quem falece) permitir.

Sérgio Branco, com razão, critica tal entendimento, uma vez que:

(i) os preços dos *e-books* são, em regra, um pouco menores do que aqueles cobrados pelas editoras pelos livros físicos. Nesse passo, quem adquire livros físicos

se torna titular proprietário de tais livros;

(ii) os livros físicos correm o risco de esgotarem, porém, os *e-books* nunca esgotam, sendo impossível a exploração econômica de tais *e-books*, caso se mantenha a ideia de licenciamento para que os adquira;

(iii) o titular da licença pode ter ingerência sobre o *e-book* licenciado, como a Amazon fez, em 2009, ao apagar das plataformas Kindle, os livros *A revolução dos bichos e 1984*, ambos do autor George Orwell. Isso porque tais livros foram adicionados à plataforma Kindle por um terceiro que não tinha direitos sobre a obra, tendo reembolsado os adquirentes da obra. A Amazon, posteriormente, admitiu não ter sido adequado apagar as obras; (BRANCO, 2017, p. 109)

(iv) o Supremo Tribunal Federal decidiu que os livros digitais e os suportes próprios de leitura, como ocorre com os livros impressos, são alcançados pela imunidade tributária posta no art. 150, IV, “d”, da Constituição Federal de 1988, como se infere dos Recursos Extraordinários n.ºs 330.817 e 595.676.¹⁸

Esse problema está sendo minorado, visto que serviços de disponibilização de conteúdo *online* estão migrando para modelos de *download* (como o caso do Kindle) para acesso de obras como fazem o Spotify, o Netflix e o Kindle Unlimited. Nesses casos, a ideia de licença é mais evidente, pois não se paga pela cópia de uma obra, “mas sim para acessar um conjunto de obras, sem a garantia de que uma delas em particular esteja disponível no momento em que se espera acessá-la”. (BRANCO, 2017, p. 109-110)

Dessa forma, seja o *e-book* titularidade proprietária, seja ele uma licença de uso, ele pode ser transmitido aos herdeiros ou a terceiros, cuja discussão sobre a

¹⁸ O Plenário do STF apontou: “O Plenário aprovou, também por unanimidade, duas teses de repercussão geral para o julgamento dos recursos. O texto aprovado no julgamento do RE 330817 foi: A imunidade tributária constante do artigo 150, VI, “d”, da Constituição Federal, aplica-se ao livro eletrônico (*e-book*), inclusive aos suportes exclusivamente utilizados para fixá-lo. Para o RE 595676 os ministros assinalaram que “a imunidade tributária da alínea “d” do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal alcança componentes eletrônicos destinados exclusivamente a integrar unidades didáticas com fascículos”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2017)

natureza jurídica do livro eletrônico será discutida em outro momento.

4. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS DA PERSONALIDADE E PRIVACIDADE

Feita a crítica acima, acerca dos *e-books* e admitindo que eles integram o acervo patrimonial de quem os adquire, parte-se para a seguinte pergunta: Afinal, todos os bens digitais e não digitais de quem falece são transmitidos para outrem após o falecimento do seu titular?

Responder a indagação sobredita perpassa por uma, ainda que breve, reflexão sobre os institutos da dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade, liberdade e privacidade, com o intuito de densificá-los para fins de diálogo com a comunidade jurídica.

Um dos direitos fundamentais¹⁹ previstos em nossa Constituição de 1988

¹⁹ Vera Raposo aduz: “Depois de compreender em toda a sua extensão a extrema importância dos direitos fundamentais. Importância que começa por se revelar de um ponto de vista individual, enquanto conceitos umbilicalmente ligados à dignidade da pessoa humana, projeção positiva e imediata da mesma. Para além desta dimensão subjectiva, igualmente uma dimensão objectiva, na medida em que são elementos essenciais da ordem jurídico-política e condição de qualquer ordem que se reclame democrática, desde logo porque constituem regras de competência do ordenamento jurídico, velando para que os poderes públicos não ultrapassem os seus limites de actuação e para que essa actuação se desenvolva dentro de certos parâmetros. Mas o seu poder conformador não se resume ao nível do direito constitucional, pelo contrário, alastra-se sobre todos os restantes ramos do direito. Os direitos fundamentais não são dotados de uma entidade pré-dada ou talvez, melhor a consciencialização da sua existência não nos vem desde sempre. Pelo contrário, resulta de um processo gradual de desenvolvimento, que pressupõe um certo estágio da comunidade humana, o qual coincide essencialmente com a Modernidade (organização económica capitalista; cultura secularizada, individual e racionalista; Estado soberano que reserva para si o uso da força legítima). Não se quer dizer que os homens que existiram anteriormente não tivessem já direitos, simplesmente, não se apercebiam disso, e, por conseguinte, não os reivindicavam” (RAPOSO, 2014, p. 60-61).

(CR/88) é o princípio²⁰ dignidade da pessoa humana,²¹ CR/88, art. 1º, III, um dos fundamentos da República, sendo certo que “os direitos que materialmente emergem da dignidade e a sua afirmação e proteção foram tornados como fundamentais”,²² o que será brevemente explicitado, na forma do art. 489 do CPC/15.

Nessa linha, o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamental, do qual “os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”. Tal princípio tem por função (a que serve e a quem serve) servir de “substrato normativo e axiológico para todos os demais direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade”.²³ (FACHIN, 2006, p. 631).

²⁰ Princípios tidos como padrão de comportamento de uma determinada comunidade (alteridade) em um dado momento histórico, que respeita e problematiza a tradição institucional daquela comunidade de forma íntegra e coerente, não se tornando os princípios cláusulas abertas ou de fechamento de lacuna do sistema, mas sim um prático “fechamento hermenêutico, isto é, não vinculam nem autorizam o intérprete desde fora, mas justificam a decisão no interior da prática interpretativa que define e constitui o direito”. Em toda regra, contém um princípio, muitas vezes o da igualdade. A aplicação de um princípio jurídico “deve vir acompanhada de uma detalhada justificação, *ligando-se a uma cadeia significativa*, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de cair em decisionismo, em que cada juiz tem o seu próprio conceito (...) a aplicação do princípio para justificar determinada exceção não quer dizer que, em uma próxima aplicação, somente se poderá fazê-lo a partir de uma absoluta similitude fática. Isso seria congelar as aplicações. O que é importante em uma aplicação desse quilate é *exatamente o princípio que dele se extrai*, porque é por ele que se estenderá/generalizará a possibilidade para outros casos, em que as circunstâncias fáticas demonstrem a necessidade da aplicação do princípio para justificar uma nova exceção. Tudo isso formará uma cadeia significativa, forjando uma tradição, de onde se extrai a integridade e a coerência do sistema jurídico. Esse talvez seja o segredo da aplicação principiológica.” A distinção regra e princípio não pode ser estrutural, como faz Alexy – regra como mandado de definição e princípio como mandado de otimização – pois, no viés hermenêutico, a distinção estrutural não resolve o problema da concretização, porque os princípios somente se apresentam se a subsunção das regras ao caso não resolverem a questão. “Para que um princípio tenha obrigatoriedade, ele não pode se desvencilhar da democracia, que se dá por enunciados jurídicos concebidos como regras”. (STRECK, 2014, p. 549, 556, 557, 565 e 566. Veja também sobre o assunto, as páginas 567-574).

²¹ Sobre o sentido de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e a sua eficácia nas relações privadas veja: FACHIN; FACHIN 2013, p. 684-700. Sobre dignidade da pessoa humana e justiça: SOUZA, 2010. Sobre a eficácia nas relações privadas do princípio da dignidade da pessoa humana sem que seja direito fundamental por ser um “direito-mãe”, “do qual se extraem direitos mais específicos não enumerados no texto constitucional”. SARMENTO, 2017, p. 82, 83, 86,88 e 89.

²² O princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado no século XX, no 2º Pós-Guerra. GRIMM, 2010, p. 4; FACHIN, 2006, p. 625-643, p. 626.

²³ Sobre ser um “direito-mãe” desenvolvido de maneira extensa BARAK, 2015, p. 156-169; DUPRÉ, 2003, p. 67.

A dignidade da pessoa humana deve ser sempre analisada concretamente, (FACHIN, 2006, p. 630) para que não seja utilizada como trunfo argumentativo vazio por quem decide com base em tal princípio. Ela é o ponto de partida e de chegada do Direito, dos direitos e dos deveres, com a pessoa humana sendo “apreendida no sentido real da dignidade e na percepção concreta de *sujeito de necessidade e liberdade*”. (FACHIN, 2006, p. 641).

A dignidade da pessoa humana é visualizada como imperativo ético existencial, “que decorre de uma ética de alteridade que antecede o Direito e deve, necessariamente, informa-lo”. (FACHIN; PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 306-307) Dessa maneira, a dignidade da pessoa humana, na perspectiva da alteridade não aponta para o reconhecimento do outro como igual e em uma perspectiva social amparada na reciprocidade, ou seja, “o ponto de partida fundamentado no reconhecimento do outro como “diferente” e a partir de uma ética avessa ao predicativo da reciprocidade”. (PEREIRA, 2014, p. 120) Se se falar em igualdade e reciprocidade, somente é possível a partir da ideia de diferença.

Este princípio da dignidade da pessoa humana se expressa pelo tratamento humano não degradante, por exemplo, evitar qualquer tipo de preconceito e pela garantia dos seus substratos para cada pessoa humana, cuja circunscrição ocorre em cada caso concreto. Dessa maneira, viola a dignidade da pessoa humana, por exemplo, a coisificação ou objetificação do humano (FACHIN, 2006, p. 632-633), transformá-lo como meio ou instrumento para direitos patrimoniais, impossibilitar a garantia às necessidades vitais, entre outros. (BARRETO, 2013, p. 63-77) Vera Karam aponta:

Dignidade diz respeito à importância da vida humana, isto é, as pessoas devem se dar conta que é objetivamente importante como elas vivem e, também, do seu direito (e do exercício deste direito) em tomar decisões éticas para si mesmas. O direito não pode violar a independência ética das pessoas em matéria de religião, por exemplo, ou intimidade. Em outras palavras, o governo tem a obrigação de tratar a vida de cada pessoa como sendo objetiva, distinta e igualmente importante. (CHUEIRI, 2013, p. 127-140).

Fachin e Pianovski aduzem:

A dignidade da pessoa é dado concreto aferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva liberdade – que não se apresenta apenas em um âmbito formal, mas se baseia, também, na efetiva presença de condições materiais de existência que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade. (...) Trata-se, sim, de proteger a pessoa humana em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade. Não é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade humana é sempre interindividual, baseada em ética da alteridade, e jamais individualista. (FACHIN, PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 311-312)

Tal princípio da dignidade da pessoa humana, por conseguinte, segundo Fachin, “impõe (em um primeiro momento) limites à atividade estatal, uma vez que impede a violação, por qualquer dos poderes emanados Estado, da dignidade pessoal de qualquer particular. Em um segundo estágio, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana também vincula os poderes públicos a sua efetivação, não apenas de modo programático, mas também concreto”. (FACHIN, 2006, p. 635-636)²⁴

Os substratos da dignidade da pessoa humana são a vida, a liberdade,²⁵ a

²⁴ Fachin esclarece sobre o sentido de constitucionalização do Direito Civil e a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas: “Diante do inequívoco poder normativo da Constituição, para além de seu caráter político e deontológico, não há como eximir o direito privado de sua observância. Na verdade, o premente movimento de constitucionalização do direito privado relativiza as ideias de direito público e direito privado. Não significa dizer que os estatutos jurídico privados perdem a sua relevância ou sua aplicabilidade, mas, isto sim, que devem ser lidos sob a égide da Constituição, que tem por característica fundamental e basilar a proteção dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, impende notar que ao se tratar de direitos fundamentais, não basta uma aplicação mediata e indireta da Constituição, que sirva apenas como parâmetro interpretativo. Nos casos envolvendo direitos fundamentais, como é a situação que neste trabalho se apresenta, há que se falar em eficácia imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Este é, inclusive, o posicionamento positivado na Constituição Federal, por meio do parágrafo 1o do artigo 5o. De fato, ver os direitos fundamentais apenas como “parâmetros interpretativos a serem mediados nas relações entre particulares é ficar aquém do programa constitucional de emancipação e concretização dos direitos fundamentais”. (FACHIN, 2015, p. 384)

²⁵ Indispensável livro sobre liberdade: PIANOVSKI RUZYK, 2011.

igualdade,²⁶ a integridade psicofísica²⁷ e a solidariedade social^{28,29} com a proteção integral ao patrimônio material servindo de suporte para o livre desenvolvimento da pessoa humana. (FACHIN, 2006, p. 625-643, p. 627, p. 633-634)³⁰

O instituto da dignidade da pessoa humana na CR/88 esteia três grandes momentos: “(i) como finalidade assegurada no exercício da atividade econômica, tanto pelo Estado, quanto pelos particulares (art. 170, *caput*); (ii) como princípio essencial da família (art. 226, § 7º); (iii) como direito fundamental da criança e do adolescente (art. 227, *caput*)” (FACHIN, 2006, p. 631) dos idosos e dos demais vulneráveis e hipervulneráveis, circunscrevendo-se à pessoa humana.³¹

O ser humano é a condição de possibilidade para que o ordenamento jurídico o qualifique como pessoa humana, que se manifesta em dois aspectos: (i) como indivíduo com o direito fundamental a uma existência livre; (ii) “como partícipe do consórcio humano, o interesse ao livre desenvolvimento da ‘vida em relações’. A esses dois aspectos essenciais do ser humano podem substancialmente ser reconduzidas todas as instâncias específicas da personalidade”. (FACHIN, 2006, p.

²⁶ Indispensável livro sobre igualdade, vista como comparação entre duas situações, cuja diferença deve sempre ser respeitada: CARÚS GUEDES, 2014.

²⁷ Sobre o sentido de integridade psicofísica: GEDIEL, 1998, p. 21.

²⁸ Sobre o sentido de solidariedade social veja: FROTA, 2015 p. 273-301.

²⁹ Os sentidos dos substratos estão precisamente postos em BODIN de MORAES, 2017. Para o presente parecer, a densificação do sentido de dignidade da pessoa humana, de direitos da personalidade, de liberdade e de privacidade bastam para analisar os referidos projetos de lei.

³⁰ Daniel Sarmiento traz importante reflexão sobre os componentes ou substratos da dignidade da pessoa humana, que se complementam com aqueles postos no corpo do texto. Para Sarmiento os componentes são: “o *valor intrínseco da pessoa*, que veda a sua instrumentalização em proveito de interesses de terceiros ou de metas coletivas; a *igualdade*, que implica a rejeição das hierarquias sociais e culturais e impõe que se busque a sua superação concreta; a *autonomia*, tanto na sua dimensão privada, ligada à autodeterminação individual, como na pública, relacionada à democracia; o *mínimo existencial*, que envolve a garantia das condições materiais indispensáveis para a vida digna; e o *reconhecimento*, que se conecta com o respeito à identidade individual e coletiva das pessoas nas instituições, práticas sociais e relações intersubjetivas”. (SARMENTO, 2017, p. 92-93)

³¹ Não se defende qualquer uso do princípio da dignidade da pessoa humana e de qualquer princípio como fundamento vazio e arbitrário para se fundamentar uma decisão. Por isso, prega-se o cumprimento pelos juristas em seus escritos e falas, bem como dos operadores do direito do art. 489 do CPC/15.

626) O princípio da dignidade da pessoa subjaz os direitos da personalidade,³²⁻³³ que não se confinam na racionalidade codificada civil. (FACHIN, 2006, p. 627-628)

Para que não se confundam os institutos em debate, diferencia-se os direitos de personalidade dos direitos da personalidade. Os *direitos de personalidade* conferem aos seres humanos (transformados em pessoas humanas pelo CC (art. 2º) com o nascimento com vida) e aos entes fictícios (transformados em pessoas coletivas – CC, art. 44) a titularidade de direitos e de deveres (posições jurídicas) na ordem civil (CC, art. 1º), por meio da personalidade, o que se diferencia dos *direitos da personalidade*, cabível somente à pessoa humana e ao nascituro, como explica a literatura jurídica:

De outro lado, na doutrina atual, é atribuída à palavra *personalidade* um triplo significado: (i) mantém-se a sinonímia entre personalidade e capacidade de direito, como está no art. 2.º do CC/2002; e agrega-se (ii) uma função substancial (“personalidade como qualidade do ser pessoa e como fonte de direitos subjetivos”) assim discernindo entre personalidade e capacidade (sendo esta o atributo reconhecido a todas as pessoas para serem titulares de direitos subjetivos); distinguem-se, ambas, (iii) da qualificação do termo “personalidade” como direito subjetivo, quando empregada a expressão *Direitos da Personalidade*.

Entre as acepções (i) e (ii), a distinção está em que capacidade indica atributo ou qualidade, consistindo na aptidão para ser titular de direitos

³² Anderson Schreiber afirma um sentido interessante de direitos da personalidade: “atributos humanos que exigem especial proteção no campo das relações privadas, ou seja, na interação entre particulares, sem embargo de encontrarem também fundamento constitucional e proteção nos planos nacional e internacional”. (SCHREIBER, 2013, p. 13)

³³ Paulo Lobo, com razão, fundamenta o caráter pluridisciplinar dos direitos da personalidade: “Os direitos da personalidade são pluridisciplinares. Não se pode dizer, no estágio atual, que eles se situam no direito civil ou no direito constitucional, ou na filosofia do direito, com exclusividade. Sua inserção na Constituição deu-lhes mais visibilidade, mas não os subtraiu inteiramente do âmbito do direito civil. Do mesmo modo, a destinação de capítulo próprio do CC, intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, não os faz apenas matéria de direito civil. O estudo unitário da matéria, em suas dimensões constitucionais e civis, tem sido mais bem sistematizado no direito civil constitucional, apto a harmonizá-las de modo integrado. Pontes de Miranda, no seu peculiar modo de analisar o fenômeno, diz que o direito da personalidade é “ubíquo”, pois “não se pode dizer que nasce no direito civil, e daí se exporta aos outros ramos do sistema jurídico, aos outros sistemas jurídicos e ao sistema jurídico supraestatal; nasce, simultaneamente, em todos” (1971, v. 7, p. 13). A pluridisciplinaridade permite rica abordagem da matéria, a depender do ângulo da análise. Na perspectiva do direito constitucional, são espécies do gênero direitos fundamentais. Na perspectiva do direito civil, constituem o conjunto de direitos inerentes da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados”. (LOBO, 2017, p. 132)

atribuída a todos os que se qualificam como pessoas, enquanto personalidade diz respeito a um valor jurídico que deriva do fato de ser pessoa. Do ponto de vista funcional, a distinção é mínima quanto aos seres humanos vivos e às pessoas jurídicas, adquirindo importância apenas para o tema da personalidade dos seres humanos ainda não nascidos (vide §§ 51 e 52, *infra*). Já os Direitos da Personalidade são efetivamente direitos, e não atributos ou valores, dizendo respeito a um rol de direitos subjetivos próprios da pessoa humana, previstos em caráter exemplificativo na legislação, e apenas parcialmente e, por analogia, extensíveis às pessoas coletivas (art. 52 do CC/2002). (MARTINS-COSTA; HAICAL; SILVA, 2012).

]

Na linha do duplo aspecto citado, Capelo de Souza afirma que os direitos da personalidade são aqueles psíquicos-somáticos-ambientais nas relações e situações que as pessoas mantêm com o meio e com os demais sujeitos de direito. (SOUZA, 1995) Noutros termos, os direitos da personalidade podem ser apreendidos como “um direito à pessoa ser e à pessoa devir”, como assevera Orlando de Carvalho. (CARVALHO, 1973, p. 24).

Dessa maneira, a proteção aos direitos da personalidade é a faceta privada da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas (LOBO, 2017, p. 129),³⁴-³⁵ visto que muitos direitos fundamentais e os direitos da personalidade advêm do princípio da dignidade da pessoa humana (LOBO, 2017, p. 129), não devendo haver distinção entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, sendo que nem todo direito fundamental é direito da personalidade (ex.: devido processo legal), mas todo direito da personalidade é direito fundamental. (FACHIN, 2011, p. 312-313)

Paulo Lobo aduz que, conforme dispõe o art. 11 do CC, os direitos da personalidade são intransmissíveis, cabendo esclarecer que:

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

³⁴ Em sentido oposto diferenciando as categorias direitos fundamentais e direitos da personalidade: MIRANDA; RODRIGUES JUNIOR; FRUET, 2012, p. 1-23; MAZUR, 2012, p. 25-64.

³⁵ Na Constituição Federal de 1988, os direitos da personalidade estão expressos nos arts. 5º, *caput*, V, X, XII, XXVI, LIV, LX, LXXII, LXXV, 199, § 4º, 225, § 1º, V, 227, *caput*, § 6º e 230.

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 postularem 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. (LOBO, 2017, p. 132)

Deve-se evitar utilizar a racionalidade do direito das coisas para analisar os direitos da personalidade, como aponta Fachin: “o intento de patrimonialização de um direito de personalidade, atribuindo o estatuto jurídico dos direitos reais aos direitos de personalidade, especificamente, o direito à intimidade”. (FACHIN, 2015, p. 377)

À vista do exposto, esse contexto jurídico da classificação jurídica do acervo digital, da incidência direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade conferem contorno jurídico para analisar o conteúdo dos mencionados projetos de lei.

Nessa senda, o Direito Civil pátrio – CC, art. 6º, atualmente, apura a morte da pessoa humana pela morte encefálica (Lei n.º 9.434/97, art. 3º; Resolução n.º 1.480/97, do Conselho Federal de Medicina), constatada pela equipe médica, a constituir o fim da personalidade. (LOBO, 2017, p. 103). Nesse passo, são os direitos de personalidade (aptidão para adquirir direitos e deveres – CC, art. 1º) que cessam, pois os direitos da personalidade (conjunto de direitos existenciais do(a) falecido(a)) “projetam-se para além da vida do seu titular”. (SCHREIBER, 2014, p. 25; RIBEIRO, 2012, p. 1-23; MAZUR, 2012, p. 424-462)

No primeiro grupo enquadram-se, dentre outros, a privacidade, a imagem e a honra do falecido, direitos existenciais a demandar tutela absolutamente diversa daquela conferida ao seu acervo patrimonial. Por outro lado, a proteção do nome do

morto, por exemplo, também afeta diretamente seus herdeiros, os quais possuem direito próprio na preservação do bom nome de seus ancestrais, compreendendo esfera de direitos que integra o segundo grupo acima referido, como aponta o parágrafo único do art. 12 do Código Civil autoriza a tutela material e processual de tais direitos por parentes, cônjuge e, por analogia, companheiros(as) do(a) falecido(a). (TEPEDINO; BODIN DE MORAES, 2005, p. 34-35)

Ao elencar as pessoas legitimadas à defesa dos direitos da personalidade do morto, o Código Civil enumera no parágrafo único do mesmo art. 20, o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes, não reconhecendo ao(a) companheiro(a) tal direito, o que foi acolhido pela literatura jurídica.³⁶ O art. 20 do CC esquecendo-se, lamentavelmente do companheiro do falecido, mas olvidando-se, sobretudo, do fato de que o interesse dos herdeiros indicados nesse artigo pode colidir com a privacidade do *de cuius*, o que gerou a acurada crítica de Anderson Schreiber e de Fachin:

Ao enumerar os legitimados para a defesa dos direitos da personalidade do morto, o Código Civil seguiu claramente a trilha dos direitos das sucessões. A semelhança com o rol de vocação hereditária (arts. 1.829 c/c a.839) é inquestionável e a associação revela-se extremamente perigosa. No campo das biografias póstumas, são numerosos os conflitos deflagrados a partir do interesse puramente econômico de alguns herdeiros do falecido em receber parcela dos lucros derivados da obra. E a codificação acaba por corroborar essa postura ao nomear exatamente os herdeiros como legitimados para a defesa dos direitos da personalidade do morto. Melhor seria que o Código Civil tivesse evitado essa associação indevida. A privacidade, a imagem e a honra da pessoa não são “coisas” que se transmitem por herança. São direitos essenciais cuja proteção é inteiramente distinta daquela reservada ao patrimônio. Solução mais adequada seria ter deixado as portas abertas à iniciativa de qualquer pessoa que tivesse interesse legítimo em ver protegida, nas circunstâncias concretas, a personalidade do morto. (SCHREIBER, 2014, p. 147)

Em verdade, a intimidade não pode ser tratada como propriedade, de modo a ser disposta como bem entender seu titular. Da mesma forma, não pode ser transferida como direito hereditário a partir do qual os “herdeiros” vão fruir e dispor do “bem” conquistado. (FACHIN, 2015, p. 393)

Corroborando com o afirmado acima e antes de se densificar a privacidade,

³⁶ Enunciado das Jornadas de Direito Civil: “275 – Arts. 12 e 20. O rol dos legitimados de que tratam os arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do Código Civil também compreende o companheiro”.

deve-se atribuir sentido aos significantes *vida privada*,³⁷, como alude Paulo Lôbo:

O direito à vida privada diz respeito ao ambiente familiar, e sua lesão resvala nos outros membros do grupo. O gosto pessoal, a intimidade do lar, as amizades, as preferências artísticas, literárias, sociais, gastronômicas, sexuais, as doenças porventura existentes, medicamentos tomados, lugares frequentados, as pessoas com quem conversa e sai, até o lixo produzido, interessam exclusivamente a cada indivíduo, devendo ficar fora da curiosidade, intromissão ou interferência de quem quer que seja (Monteiro, 2003, p. 99). Com o avanço da tecnologia e da informática, a vida privada encontra-se muito vulnerável à violação, que pode ser feita por intermédio de satélites, aparelhos óticos, gravadores, transmissores de alta sensibilidade e máquinas fotográficas de última geração. Esses equipamentos sofisticados dispensam a invasão física da casa da pessoa, pois conseguem captar dados, informações, falas e imagens a distância. Estabelece o inciso XI do art. 5º da CF que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo penetrar sem o consentimento do morador, salvo em flagrante delito ou para prestar socorro ou por determinação judicial. O STF, para fins de proteção da privacidade, expandiu o conceito constitucional de casa como asilo inviolável, de modo a “estender-se a qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade”, não podendo nenhum agente público ingressar no recinto reservado ao exercício da atividade do profissional, sem consentimento deste (RE 251.445). Mais graves são as imensas possibilidades de invasão dos arquivos pessoais e das informações veiculadas pelas mídias sociais, causando danos às vezes irreversíveis à intimidade das vítimas, pela manipulação desses dados. Estão difundidos arquivos gravados pelo servidor ou programa invasivos, no disco rígido do usuário, sem o seu conhecimento, os quais armazenam informações sobre os hábitos dos consumidores, que são comercializadas para utilização em publicidades enviadas aos usuários de acordo com suas preferências, ofertando produtos e serviços. O consequente recebimento indesejado de correspondências eletrônicas (*spam*) caracteriza ilícito, suscetível de responsabilidade civil (CC, art. 186). A legislação brasileira considera crime “realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo de Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei” (Lei n.º 9.296/96, art. 10). (LOBO, 2017, p. 142)

³⁸

Toda atividade exercida na internet é pública? Nessa senda protetiva e prospectiva dos direitos da personalidade, a resposta à pergunta é negativa, uma vez que as mensagens trocadas em redes sociais e as anotações realizadas, por exemplo,

³⁷ Sobre o assunto veja o profundo trabalho de ROBL FILHO, 2010.

³⁸ Sobre a privacidade de pessoas em ambientes públicos e de pessoas com repercussão pública (atores, políticos, etc.) em ambiente privado ou público veja: LOBO, 2017, p. 142-143. Enunciado 403 do STJ.

em Google Docs ou Evernote, vídeos postados no Youtube ou no Vimeo com senhas de acesso ou mesmo blogs, inclusive por meio de pseudônimo para manter o sigilo, podem servir com expressões da privacidade do titular de cada mensagem, vídeo ou anotação posta em ambiente virtual. (BRANCO, 2017, p. 115).³⁹

Da ideia de vida privada, para o presente artigo, interessa os direitos da personalidade da privacidade. A privacidade está posta expressamente na CR/88, art. 5º, X, no art. 21 do CC e nos arts. 7º, I, 21 e 23 da Lei do Marco Civil da Internet, sendo considerada inviolável e de observância obrigatória pelos provedores de aplicações de internet, ensejando a responsabilização civil por conteúdo que viole direito de terceiro (Marco Civil da Internet, art. 21). (TEFFE, 2017, p. 5)

Por isso, apesar de não tratar de forma específica sobre o assunto, a Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) traz em seus arts. 3º, I, II e III, a proteção da liberdade de expressão, da privacidade e dos dados pessoais, sendo assegurado ao usuário da *internet* um conjunto de direitos, como se infere dos arts. 6º, 7º, I, II, III, X, 8º e 10º.⁴⁰

³⁹ Sobre as delimitações da intimidade pela teoria nascida no direito alemão das esferas social, privada e íntima, recebida no Brasil com as ideias de esfera privada, íntima e segredo, e a sua superação naquele país, após o caso da Princesa Caroline de Mônaco x órgãos de imprensa alemã, pela teoria da proteção por camadas, já que: “Em um desses casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou haver sido violado o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. A princesa de Mônaco e também princesa-consorte de Hannover moveu ações contra órgãos de imprensa tendo por base a publicação de imagens suas por tabloides alemães, quando ela se encontrava em momentos de convívio familiar. O Bundesverfassungsgericht e o Tribunal Federal [Bundesgerichtshof] tiveram de modificar sua antiga filiação à teoria das esferas em razão de acordo da Corte Europeia, que entendeu ter ocorrido ofensa aos direitos da personalidade da princesa, mesmo quando a ação da imprensa se haja dado na esfera privada e que a ação tenha recaído sobre uma pessoa notória. Com isso, o Tribunal Federal passou a usar uma nova teoria – a *abgestuftes Schutzkonzept* (traduzível por concepção ou teoria da proteção por camadas), o que se considerou como uma reação às críticas da Corte Europeia de Direitos Humanos”. (RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 10-11). Sobre uma crítica às esferas LEWICKI, 2003, p. 79-89.

⁴⁰ Marco Civil da Internet: “Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (...) Art. 6º Na interpretação desta Lei serão levados em conta, além dos fundamentos, princípios e objetivos previstos, a natureza da internet, seus usos e costumes particulares e sua importância para a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural. (...) Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes

A privacidade impede a indevida interferência externa da comunidade, dos(as) particulares e do Estado na vida de uma pessoa humana, abarcando o originário direito negativo de ser deixado(a) em paz ou só (*right to be alone*), de segredo, de liberdade positiva⁴¹ (CANTALI, 2009, p. 197), e o direito positivo de a própria pessoa

direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; (...) X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; (...) Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no **caput**, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil. Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no **caput**, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º. § 2º O conteúdo das comunicações privadas somente poderá ser disponibilizado mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, respeitado o disposto nos incisos II e III do art. 7º. § 3º O disposto no **caput** não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição. § 4º As medidas e os procedimentos de segurança e de sigilo devem ser informados pelo responsável pela provisão de serviços de forma clara e atender a padrões definidos em regulamento, respeitado seu direito de confidencialidade quanto a segredos empresariais”.

⁴¹ O sentido atribuído às liberdades tem como fundamento o pensamento de Carlos Pianovski em sua tese de doutorado transformada em livro. Liberdade visualizadas em uma perspectiva funcional (função como contributo a alguém) que viabiliza o exercício, o incremento e a proteção coexistencial e plural das esferas jurídicas patrimoniais e existenciais de cada um ou de cada uma, que intersubjetivamente interagem com o meio e com terceiros, que podem sofrer consequências desse exercício da liberdade. O conteúdo dessas liberdades se divide em: (a) *formal*, aquela liberdade abstrata assegurada pelo ordenamento jurídico; (b) *negativa*, não coerção do Estado, do particular e da comunidade no exercício de liberdade de cada pessoa humana; (c) *positiva*, “liberdade de autoconstituição como definição dos rumos da própria vida” ou liberdade vivida; (d) *substancial*, “possibilidade efetiva de realizar essa autoconstituição”. A coexistencialidade das liberdades de uma pessoa humana na vida em relação “não é mera justaposição de espaços reciprocamente delimitados externamente: ela implica interseção de vidas livres, o que importa a responsabilidade intersubjetiva recíproca pelas liberdades dos indivíduos em relação. Não se é livre sozinho: a liberdade é sempre coexistencial. É aí que a liberdade se encontra com a solidariedade”. (PIANOVSKI RUZYK, 2011, p. 374-375).

controlar a circulação das informações e dos dados pessoais (SCHREIBER, 2011, p. 130-131; CANTALI, 2009, p. 197), e genéticos⁴² sem que se transforme em um dever de privacidade (CANTALI, 2009, p. 197).⁴³

Nessa senda, a privacidade é composta pela intimidade, pela liberdade positiva, pelo sossego (direito de estar só), sigilo, imagem, sempre em uma linha de coexistencialidade da pessoa humana com o ambiente social, como exemplifica Paulo Lobo:

As situações entendidas como passíveis de violação do direito à privacidade variam de época a época. Em 1967, a Conferência dos Juristas Nórdicos elaborou uma lista, da qual podem ser destacadas: interferência na família e na vida doméstica; ser colocado em situação de falso destaque; a revelação de fatos irrelevantes e embaraçosos relacionados à vida privada; espionagem, intromissão, assédio, vigilância; interferência na correspondência; mau uso das comunicações escritas ou orais; revelação de informação dada ou recebida em circunstâncias de confiança profissional. Na França, os tribunais consideram fora do interesse público a vida amorosa, o casamento ou o divórcio, as condições mentais ou físicas,

⁴² Enunciados das Jornadas de Direito Civil sobre o assunto: “5 – Arts. 12 e 20: 1) as disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se inclusive às situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de regradar a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12. 404) Art. 21. A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expreso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas. 405) Art. 21. As informações genéticas são parte da vida privada e não podem ser utilizadas para fins diversos daqueles que motivaram seu armazenamento, registro ou uso, salvo com autorização do titular”.

⁴³ Nesse sentido Fernanda Nunes Barbosa: “Contemporaneamente, esse assédio à vida privada e à intimidade (para usar os termos de nossa Constituição Federal e do Código Civil) é tratado sob uma perspectiva um tanto diversa do que fora nos primeiros tempos do direito à privacidade na segunda metade do século XIX. Hoje fala-se largamente em um direito à proteção dos dados pessoais (que podem ser tanto de pessoas físicas como jurídicas), os quais afetam a sua “autodeterminação informativa”, seja em relação a agentes públicos, seja em relação a privados. Ocorre, a partir disso, uma evidente ampliação do chamado “direito de estar só” (proteção estática, de caráter negativo), uma vez que o direito à privacidade passa a significar o *controle* do próprio sujeito sobre a maneira como os outros utilizam as informações a seu respeito, de forma a evitar discriminações, simplificações do sujeito, objetivações e avaliações fora de contexto. Da mesma forma, protege-se o que se tem chamado de “direito de não saber” e o “direito ao segredo da desonra”, expressões dessa ampliada privacidade (proteção de caráter dinâmico, positiva) –“que ninguém parece ter qualquer ideia clara sobre o que seja”. A privacidade ganha o sentido de *pessoal*, não necessariamente *secreto*”. (BARBOSA, 2016, p. 125-126).

a carreira, as atividades de lazer, as convicções filosóficas ou religiosas.
(LOBO, 2017, p. 138-140)

A intimidade pode ser entendida como o direito que cada pessoa humana tem de deixar fatos de sua vida sob a sua reserva, sem que terceiros tenham acesso a tais fatos da vida (LOBO, 2017, p. 138-140), como, por exemplo, os escritos em um diário impresso ou eletrônico, dados, ou documentos que causem constrangimentos, a impedir que eventos íntimos da pessoa humana em ambiente profissional sejam divulgados sem a sua autorização.

O STJ, por exemplo, no RHC 51.531, entendeu que viola a intimidade do preso em flagrante que tem o seu aparelho celular apreendido e o Estado tem acesso aos dados e as mensagens trocadas pelo aplicativo *WhatsApp*, tornando esses dados semelhantes ao acesso a *e-mails*.

O sigilo abarca as correspondências impressas e eletrônicas, inclusive pelos cônjuges ou companheiros (CR/88, art. 5º XII), admitindo-se interceptações telefônicas com autorização judicial (STF – MS 21.279 e RE 418.416; STJ RESP 605.687; RESP 1.113.734). O sigilo bancário (expressão do valor patrimonial da pessoa humana) e o sigilo profissional (tutela da privacidade do cliente) não estão acobertados pelo sigilo. (LOBO, 2017, p. 145-146)

A imagem (CC, art. 20) se refere à reprodução total ou parcial da figura humana, dividida em imagem-retrato (externalidade física ou da imagem externa da própria pessoa humana – *effigie* – CR, art. 5º, X), cuja divulgação necessita de autorização, e imagem-atributo “conceito público de que a pessoa desfruta, ou externalidade comportamental” (CR/88, art. 5º, V). (LOBO, 2017, p. 146-147) Na linha dos arts. 12 e 20 do CC brasileiro, o Código Civil argentino de 2014, trata do direito de imagem, inclusive a sua tutela *post mortem*:

ARTÍCULO 53.- Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo, que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:

- a. que la persona participe en actos públicos;
- b. que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario;
- c. que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre

acontecimiento de interés general.

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

Nessa linha, Stefano Rodotà sintetiza os efeitos decorrentes das transformações tecnológicas sobre a privacidade da seguinte forma:

- passamos por um mundo no qual as informações pessoais estavam substancialmente sob exclusivo controle dos interessados para um mundo de informações *divididas* com uma pluralidade de sujeitos;
- passamos de um mundo no qual a cessão das informações era, em grande parte dos casos, efeito das relações interpessoais, tanto que a forma corrente de violação da privacidade era a “fofoca”, para um mundo no qual a coleta das informações ocorre através de transações abstratas;
- passamos de um mundo no qual o único problema era o do controle do fluxo de informações que *saíam* de dentro da esfera privada em direção ao exterior, para um mundo no qual se torna cada vez mais importante o controle das informações que *entram*, como demonstra a crescente importância assumida pelo direito de não saber, pela atribuição aos indivíduos do poder de recusar interferências em sua esfera privada, como as derivadas da remessa de material publicitário e do marketing direto;
- vivemos em um mundo no qual aumenta o valor agregado da informações pessoais, com uma mudança de paradigma, onde a referência ao valor da pessoa em si e de sua dignidade passou a secundário em relação à transformação da informação em mercadoria;
- vivemos em um mundo no qual se começa a refletir conscientemente sobre o fato de que, até agora, as tecnologias da informação e da comunicação assumiram muito frequentemente as características de tecnologias *sujas*, aproximando-se muito mais dos modelos de tecnologias industriais poluentes, tornando-se fundamental, portanto, favorecer ou impor a introdução no ambiente informativo de tecnologias *limpas*;
- vivemos em um mundo no qual as tecnologias da informação e da comunicação contribuíram para tornar cada vez mais sutil a fronteira entre a esfera pública e a esfera privada: a possibilidade de construção livre da esfera privada e do desenvolvimento autônomo da personalidade passaram a ser condições para determinar a efetividade e a amplitude da liberdade na esfera pública. (RODOTÁ, 2008, p. 127-128)

No ambiente *online* a ideia de privacidade se alavanca, tendo em vista que o acervo digital de uma pessoa, a saber, perfis em redes sociais, contas de *e-mail*, blogs, vídeos, comentários, músicas, videogame e arquivos em plataforma digital, entre outros gera “a expectativa de segredo consideravelmente maior do que aquela de que

desfrutamos em nosso ambiente físico”. (BRANCO, 2017, p. 110)

No mundo digital existem bens que possuem inequívoco valor econômico e que, por essa razão, compõem o acervo hereditário passível de transmissão aos sucessores do falecido, como bem observa Marco Aurélio de Farias Costa Filho:

Considerando seu evidente potencial econômico, o acervo digital deve ser considerado na sucessão patrimonial. A aferição de seu valor pode inclusive afetar a legítima destinada aos herdeiros e a parte disponível para ser legada pelo autor da herança. Bens virtuais raros, arquivos armazenados virtualmente potencialmente valiosos para efeitos de propriedade intelectual e até sites ou contas que podem servir como fonte de renda após a morte de seu titular são apenas alguns exemplos de formas de patrimônio que, ainda que não sejam mencionadas em testamento, não devem ser ignoradas pela partilha. Caso contrário, haverá claro prejuízo aos direitos dos herdeiros. (COSTA FILHO, 2016, p. 148).

Outros bens, contudo, carecem de valor economicamente apreciável, mas cuja medida pode ser aferida por distintos critérios, tais como seu valor estimativo, como é o caso de fotografias ou vídeos.

Ratifica-se que existem bens jurídicos em sentido amplo, como apontando antes por Paulo Lôbo (supra), que representam a extensão da privacidade do morto, contidos em contas e arquivos digitais como *whatsapp*, *facebook*, *telegram* e congêneres. É exatamente na tutela da privacidade que reside o âmago do presente artigo, pois o implacável avanço tecnológico resulta em radicais transformações nas relações interpessoais, impondo a necessária releitura dos mecanismos de proteção da vida privada, os quais também compõem a herança digital.

Na esteira dos ensinamentos de Diogo Leite de Campos, vimos que os direitos patrimoniais do(a) falecido(a) se transmitem com a abertura de sua sucessão, mas o mesmo não se pode dizer com relação aos direitos da personalidade, porque existem situações jurídicas existenciais protegidas *post mortem*.

Desse modo, existe uma corrente que vai de encontro aos mencionados projetos de lei, lastreada na tutela da privacidade, como alude Marco Costa Filho:

A lei consolida a privacidade dos dados armazenados, fortalecendo a corrente jurisprudencial que não concede aos herdeiros acesso ao acervo

digital deixado, no caso de não haver disposição de última vontade do de cujus nesse sentido. Trata-se de corrente que privilegia a inviolabilidade e sigilo das informações em prejuízo do direito dos herdeiros, fundamentando-se não só no recente marco civil da internet, mas também na garantia constitucional referente à intimidade e vida privada (art. 5, inc. X, da CF). Nota-se, por outro lado, que a aprovação do PL 4099/2012 iria de encontro a tal corrente, visto que estenderia o direito de saisine à totalidade do acervo digital, independentemente de manifestação do autor da herança.

Como ainda será exposto, diversos dispositivos presentes em termos de serviço proíbem a transmissão do conteúdo armazenado virtualmente após a morte do titular (outra tendência em clara oposição ao proposto pelo referido projeto de lei). Os componentes do acervo digital analisados no presente trabalho (músicas, livros, e-mails, perfis em redes sociais ou jogos on-line, entre outros) são, em regra, regidos por contratos de adesão que podem limitar as possibilidades de transferência de conteúdo ou conta. (COSTA FILHO, 2016, p. 39-41)

Diante disso, é possível que os interesses dos herdeiros venham a colidir com o do falecido, notadamente no que se refere à proteção de sua privacidade, representando a extensão de sua personalidade. De fato, não raro são os próprios sucessores do de cujus os responsáveis pela violação de sua privacidade e pelo uso indevido de seus dados pessoais, seja apropriando-se de seus *e-mails* pessoais, seja perscrutando sua intimidade através da leitura de conversas em dispositivos como o whatsapp ou telegram.

Como se vê, não obstante a improvidência do legislador na escolha dos legitimados a reclamar a proteção da personalidade do morto, é fato que existe em nosso sistema jurídico proteção expressa da privacidade do(a) autor(a) da herança, em especial no que se refere ao conteúdo de suas contas e arquivos digitais. Trata-se de inequívoca salvaguarda dos bens imateriais que compõem o acervo hereditário objeto da sucessão. Por conseguinte, impositiva a distinção entre bens suscetíveis e insuscetíveis de apreciação econômica componentes do acervo hereditário.

Arquivos e contas digitais que tenham ou possam ter caráter econômico e (ou) difusão pública, como *Skype*, contas bancárias, blogs, livros digitais, colunas em sites ou jornais, entre outros, são bens imateriais transmissíveis e, portanto, já estão abarcados pelo art. 1.788 do CC. Eventuais conflitos entre os herdeiros e o(a) cônjuge

ou companheiro(a) sobrevivente, ou legatários ou terceiros sobre as mencionadas contas ou arquivos digitais transmissíveis de titularidade do(a) autor(a) da herança poderão ser dirimidos judicialmente ou extrajudicialmente, como ocorre com todos os bens que compõem a herança.

Os arquivos e (ou) as contas digitais como *Whatsapp, telegram, facebook*⁴⁴, *instagram*, “*nuvens*” de arquivos (ex.: *Dropbox*), *senha de telefones celulares ou fixos, twiter, e-mails*, entre outros, são bens imateriais intransmissíveis, pois são extensões da privacidade do(a) autor(a) da herança. Essa transmissibilidade seria aceita se o(a) autor(a) da herança autorizasse por testamento ou de outra forma em vida que um ou mais herdeiros, cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, legatário ou terceiro pudesse(m) custodiar e (ou) acessar integralmente ou parcialmente tais arquivos e contas digitais. Eventuais conflitos entre os herdeiros e o(a) cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, ou legatários e ou terceiros sobre as mencionadas contas ou arquivos digitais intransmissíveis de titularidade do(a) autor(a) da herança ou transmitidas por ele a outrem poderão ser dirimidos judicialmente ou extrajudicialmente.

Além disso tudo, mesmo não havendo lei específica para a proteção de dados pessoais, não obstante haja literatura jurídica e projetos de lei sobre o tema no Brasil,⁴⁵ a tornar indiscutível a tendência de proteção de tais dados, que, a rigor, é a proteção da liberdade e da privacidade da pessoa humana.

Thamis Castro apresenta profundo trabalho sobre os bons costumes no direito civil brasileiro, tratando, também, da ideia de eficácias das situações jurídicas subjetivas existenciais ou dúplices. Desse modo, o que tratamos como liberdades neste artigo, a autora denomina de situações jurídicas subjetivas existenciais ou dúplices, nas quais ela categoriza como:

- (i) *situações de eficácia pessoal*, cujos efeitos jurídicos do ato de

⁴⁴ Destaca-se que o facebook possibilita que o titular da conta indique herdeiros digitais. SANTOS, 2016.

⁴⁵ Sobre o tema veja: DONEDA; MENDES, 2016, p. 35.

autonomia não alteram a esfera jurídica alheia de modo a representar lesão ou ameaça de lesão a direitos de outrem; (ii) *situações de eficácia interpessoal*, que ocorrem quando os efeitos gerados pelo ato de autonomia ultrapassam a esfera jurídica de seu titular e atingem pessoas que podem concretamente ser identificadas provocando lesão ou ameaça de lesão a interesses juridicamente tutelados; e (iii) *situações de eficácia social*, configuradas quando os efeitos do ato de autonomia produzem lesão ou ameaça de lesão à coletividade, ou seja, a um número não identificado de pessoas. (CASTRO, 2017, p. 27-28)⁴⁶

Como os projetos de lei, ao admitirem a transmissão integral e automática do acervo digital de quem falece aos(as) herdeiros(as), contribuem para a violação das situações existenciais acima, a tornar indispensável que determinados bens digitais do mencionado acervo, somente possam ser transmitidos aos herdeiros ou a terceiros, por meio de declaração expressa de vontade ou de comportamento concludente em vida do(a) seu(sua) titular.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, perfilha-se pela rejeição dos mencionados projetos de lei pelos seguintes fundamentos, destacando que não há sucessão hereditária de bens jurídicos qualificáveis como direitos da personalidade:

a) os dois projetos de lei autorizam que todo o acervo digital do(a) falecido(a) se transmita, com a morte, automaticamente aos herdeiros, a violar frontalmente os direitos fundamentais da liberdade e da privacidade naqueles casos em que o bem digital é uma projeção da privacidade e não houve declaração expressa de vontade ou comportamento concludente do(a) titular do acervo autorizando qualquer pessoa, familiar ou terceiro, a acessar e gerir tais bens digitais⁴⁷;

b) qualquer pessoa jurídica (humana ou coletiva), familiar ou terceiro, ou ente despersonalizado que possa ter acesso a tal acervo digital, que interagiram com o(a) falecido(a) também terão as suas privacidades expostas àquele(s) que acessarem o

⁴⁶ Sobre a teoria das esferas do direito da personalidade veja LOBO, 2017, p. 158-163; e das camadas RODRIGUES JUNIOR, 2015, p. 10-11.

⁴⁷ Nesse sentido: BRANCO, 2017, p. 117.

acervo digital do(a) falecido(a), “caso seja conferido a estes o direito de acessar os arquivos digitais do morto,” (BRANCO, 2017, p. 117) sem a mencionada declaração de vontade ou comportamento concludente;

c) o respeito às eficácias pessoal, interpessoal e social da vida privada, no caso em tela, explicita a concretização da liberdade positiva de cada e de cada uma decidir os rumos de sua vida, acorde com princípios constitucionais e infraconstitucionais, sem indevidas interferências externas da comunidade, particular ou do Estado, no qual essa liberdade se vincula intersubjetivamente com a comunidade, o Estado e o particular. (MULTEDO, 2017, p. 50-52).

d) os projetos de lei, como postos, ao fim e ao cabo, pretendem transmudar o regime de direito de propriedade do direito das coisas para os direitos da personalidade, no qual “o direito de personalidade do de cujus (ou mesmo do ausente) se transmuta em bem patrimonial, de modo que a intimidade ou a imagem do ausente servem como fonte econômico-financeira”, devendo-se afastar a racionalidade dos direitos reais “frente à tutela dos direitos da personalidade”. (FACHIN; 2015, p. 386-387)

e) qualquer pessoa jurídica (humana ou coletiva), familiar ou terceiro, ou ente despersonalizado que possa ter acesso a tal acervo digital, por conseguinte, somente terão o direito de gerenciar o acervo digital de quem falece, no que toca aos bens digitais que projetam a privacidade do(a) falecido(a) se este declarar expressamente, por instrumento público ou particular, inclusive em campos destinados para tal fim nas próprias redes sociais, sem necessidade de testemunhas, ou se comportar de forma concludente neste sentido que, caso haja divergência entre herdeiros e(ou) terceiros, as provas admitidas em Direito podem comprovar qual era o conteúdo do comportamento concludente;

f) caso tal declaração ou comportamento não ocorram ou estejam maculados pela inexistência, pela anulabilidade, pela nulidade ou pela ineficácia, todo acervo digital que seja expressão da personalidade não deve ser alterado, visto ou

compartilhado por quem quer que seja;

g) não obstante não ocorra muitas vezes, bens físicos ou imateriais que projetem a privacidade de quem falece não deve e não deveriam ser acessados pelos herdeiros ou por terceiros fora das características acima.

Assevera-se, portanto, que essas conclusões ora apresentadas, lastreadas no paradigma hermenêutico-filosófico de viés civil-constitucional prospectivo, não são as últimas palavras sobre o tema em questão, todavia este artigo procurou trazer elementos construtivos de uma resposta adequadamente constitucional ao problema projetando-se sobre alguns exemplos hipotéticos e concretos, dentro do contexto de normatividade do Direito advindo da comunidade política. (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017, p. 323)

6. REFERÊNCIAS

ATHENIENSE, Alexandre. Herança digital já chegou ao Brasil. **Jusbrasil**. 2011. Disponível em: <https://alexandre-atheniense.jusbrasil.com.br/noticias/2986795/heranca-digital-ja-chegou-ao-brasil?ref=topic_feed>. Acesso em: 12 mai. de 2017.

BARAK, Aharon. **Human dignity: the constitutional value and the constitutional right**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 156-169.

BARBOSA, Fernanda Nunes. **Biografias e liberdade de expressão: critérios para a publicação de histórias de vida**. Porto Alegre: Arquipélago, 2016.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Rio Editora, 1983.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Dano à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

BOSSO, Roseli Aparecida Casarini. **A herança digital na nuvem**. S/d. Disponível em: <<http://crimespelainternet.com.br/a-heranca-digital-na-nuvem/>>. Acesso em: 10 jan. de 2017.

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

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **STF Notícias**. 8 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337857>>. Acesso em: 3 dez. de 2017.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARRÍO, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965.

CARÚS GUEDES, Jefferson. **Igualdade e Desigualdade**: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios. São Paulo: RT, 2014.

CARVALHO, Orlando. **Os direitos do homem no direito civil português**. Vértice: Coimbra, 1973.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *In*: SANTOS, Luciano Nascimento (Coord.). **Estudos jurídicos de Coimbra**. Curitiba: Juruá, 2007.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. **Bons costumes no direito civil brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2017.

CHUEIRI, Vera Karam de. Igualdade e Liberdade: a unidade do valor. *In*: Vicente de Paula Barreto, Francisco Carlos Duarte, Germano Schwartz. (Orgs.). **Direito da sociedade policontextual**. Curitiba: Appris, 2013.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Faria. **Patrimônio Digital**: Reconhecimento e Herança. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2016.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. **Revista de Direito Civil contemporâneo**, v. 9, p. 35, 2016

DUPRÉ, Catherine. Importing law in post-communist transitions: the Hungarian Constitutional Court and the right to human dignity. **Oxford: Hart Publishing**, 2003.

ELIAS, Norbert. **The loneliness of the dying**. New York: Continuum, 1985.

FACHIN, Luiz Edson. A liberdade e a intimidade: uma breve análise das biografias não autorizadas. *In*: SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero (Coords.). **Direito civil**: estudos em homenagem à José de Oliveira Ascensão: teoria geral do



direito, bioética, direito intelectual e sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 2015, v.1, p. 376-393.

FACHIN, Luiz Edson. Direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade. *In*: CASTILHO, Ricardo; TARTUCE, Flávio (Coords.) **Direito civil: direito patrimonial e direito existencial**. São Paulo: Método, 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Princípio da dignidade humana no direito civil. *In*: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Orgs.) **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FACHIN, Melina Girardi; FACHIN, Luiz Edson. Um Ensaio sobre Dignidade da Pessoa Humana nas Relações Jurídicas Interprivadas. *In*: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen. (Orgs.). **Direito: Teoria e Experiência - Estudos em Homenagem a Eros Roberto Grau**. São Paulo: Malheiros Editores, t. 1. 2013.

FILHO, Marco Aurélio de Faria Costa. **Patrimônio Digital: Reconhecimento e Herança**. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2016.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção Judicial nos Contratos e Aplicação dos Princípios e das Cláusulas Gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2009.

FREITAS FILHO, Roberto. **Decisões Jurídicas e Teoria Lingüística: O Prescritivismo Universal de Richard Hare**. Revista de Informação Legislativa, v. 178, p. 19-43, 2008.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Processo eleitoral e políticas públicas: influências recíprocas**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, nº 1, p. 273-301, 2015.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a tutela da personalidade**. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

GRIMM, Dieter. **A dignidade humana é intangível**. Trad. Eduardo Mendonça. Revista de Direito do Estado, n.º 19, 2010.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LEWICKI, Bruno. **A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LOBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: parte geral. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Comentários de atualização. § 50.B (Doutrina). *In*: MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. São Paulo: RT, 2012, t. 1 (atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Silva). (edição eletrônica), parte 1, cap. 1 2012.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. (Orgs.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. *In*: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. (Orgs.). **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORIN, Edgar. **O método 5 – a humanidade da humanidade – a identidade humana**. Trad. Juremir Machado da Silva. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

MOTA PINTO, Paulo. **Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1995.

MULTEDO, Renata Viela. **Liberdade e família**: limites para a intervenção do Estado nas relações conjugais e parentais. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.

NONATO, Orosimbo. **Estudos sobre Sucessão Testamentária**. Vol. I. Revista Forense: Rio de Janeiro, 1957.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1. 2014.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de. **Direitos Humanos e Hospitalidade**: A Proteção Internacional para Apátridas e Refugiados. São Paulo: Atlas, 2014.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.



PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo; BÜRGER, Marcelo L. F. de Macedo. **A tutela externa da obrigação e sua (des)vinculação à função social do contrato.** Artigo inédito cedido gentilmente pelos autores.

RAPOSO, Vera Lúcia. **O Direito à Imortalidade:** o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro. Coimbra: Almedina, 2014.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. Direito à proteção de pessoas falecidas. Enfoque luso-brasileiro. *In:* MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. (Orgs.). **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-23.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. **Direito, intimidade e vida privada: paradoxos jurídicos e sociais na sociedade pós-moralista e hipermoderna.** Curitiba: Juruá, 2010.

RODOTÁ, Stefano. A vida na sociedade da vigilância. A privacidade hoje. *In:* BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). **A Vida na Sociedade da Vigilância: a Privacidade Hoje Renovar:** Rio de Janeiro, 2008.

RODOTÁ, Stefano. Stéfano. **La vita e le regole:** tra diritto e non diritto. Milano: Feltrinelli, 2006

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. O direito ao nome, à imagem e outros relativos à identidade e à figura social, inclusive a intimidade. *In:* SIMÃO, José Fernando; BELTRÃO, Silvio Romero. (Org.). **Direito Civil:** Estudos em homenagem a José de Oliveira Ascensão. São Paulo: Atlas, v. 2. 2015.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil.** 33 ed. São Paulo: Saraiva, v.1. 2003.

SANTOS COELHO, Nuno Manuel Morgadinho. **Direito, filosofia e a humanidade como tarefa.** Curitiba: Juruá, 2012.

SANTOS, Bernardo. Facebook permite que usuários deixem herança digital. **Jusbrasil.** 2016. Disponível em: <https://bern1rdo.jusbrasil.com.br/noticias/454769916/facebook-permite-que-usuarios-deixem-heranca-digital?ref=topic_feed>. Acesso em 12 mai. de 2017.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SGARBI, Adrian. **Introdução à teoria do direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SOUZA, Rabindranath Capelo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

SOUZA, Ricardo Timm de. **Justiça em seus termos - dignidade humana, dignidade do mundo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SPAGNOL, Débora. A destinação do patrimônio virtual em caso de morte ou incapacidade do usuário: "herança digital". **Jusbrasil**. S/d. Disponível em: https://deboraspagnol.jusbrasil.com.br/artigos/426777341/a-destinacao-do-patrimonio-virtual-em-caso-de-morte-ou-incapacidade-do-usuario-heranca-digital?ref=topic_feed Acesso em 12 de maio de 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549, 556, 557, 565 e 566. Veja também sobre o assunto, as páginas 567-574.

STRECK, Lênio. **Parecer**. 2016/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/manifestacao-politica-juizes-nao-punida.pdf>. Acesso em 2 nov. de 2017.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TEFFE, C. S.; BODIN de MORAES, Maria Celina. **Redes sociais virtuais: privacidade e responsabilidade civil. Análise a partir do Marco Civil da Internet**. PENSAR (UNIFOR), v. 22, p. 5, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edison (coord.). **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, V.III.

TEPEDINO, Gustavo; BODIN DE MORAES, Maria Celina; BARBOZA, Heloisa Helena. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 9, ano 3, p. 311-326, setembro-dezembro 2017.

VIEIRA DE CARVALHO, Luiz Paulo. **Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.