

Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital

Case Report: German Court Recognizes Transmissibility of Digital Heritage

LAURA SCHERTEL FERREIRA MENDES¹

Professora Adjunta de Direito Civil da Universidade de Brasília (UnB) e da Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Doutora *Summa Cum Laude* em Direito Privado pela Universidade Humboldt de Berlim e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Integra o Conselho Diretor da Associação Luso-Alemã de Juristas (DLJV-Berlim) e do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon).

KARINA NUNES FRITZ

Consultora e Parecerista do Escritório Bodin de Moraes, Vilela & Fernandes, Doutora (*Summa Cum Laude*) pela Humboldt Universität, Berlim (Alemanha), LL.M na Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha), Mestre em Direito Civil pela PUCSP, Professora do Programa de Pós-Graduação da PUC/RJ e do IDP (Brasília), Secretária-Geral da Deutsch-lusitanische Juristenvereinigung (Associação Luso-alemã de Juristas), sediada em Berlim, Pesquisadora-Visitante no Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Alemão), Bolsista do Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo), Diretora Científica da Revista do Instituto Brasileiro de Estudos sobre Responsabilidade Civil (Iberc), Membro do Conselho Executivo da Revista Jurídica *online* civilistica.com.

ARTIGO CONVIDADO

RESUMO: O presente *case report* aborda a recente decisão do *Bundesgerichtshof* que reconheceu, pela primeira vez, a transmissibilidade da herança digital aos herdeiros dos usuários das redes sociais. No *leading case*, o Tribunal alemão decidiu que, em respeito aos princípios da autonomia privada e autodeterminação, cabe ao titular decidir o destino da herança digital, vedando sua transmissão ou indicando um responsável para ter acesso e dar destino ao conteúdo digital. Se não o faz, incide a regra geral vigente no ordenamento jurídico que confere aos herdeiros o poder de tomar essa decisão. Dessa forma, na ausência de disposição em contrário do falecido, impõe-se a transmissibilidade do conteúdo digital aos herdeiros, tal como ocorre com o conteúdo analógico.

PALAVRAS-CHAVES: Herança digital; legado digital; transmissibilidade; herdeiros; princípio da sucessão universal; contratos digitais; cláusula de memorial; *clausula abusiva*; nulidade.

1 Autora dos livros *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor* (Saraiva, 2014) e *Schutz gegen Informationsrisiken und Gewährleistung einer gehaltvollen Zustimmung: Eine Analyse der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Privatrecht* (A proteção de dados pessoais no setor privado: riscos do tratamento de dados e a garantia de um consentimento substancial – De Gruyter, 2015).

ABSTRACT: This case report approaches the recent decision of the Bundesgerichtshof that recognized, for the first time, the transmissibility of the digital inheritance to the heirs of social network users. In the leading case, the German Court ruled that, in compliance with the principles of private autonomy and self-determination, it is the responsibility of the users of social network to decide the destination of the digital inheritance, prohibiting its transmission or indicating a responsible person to have access to and target the digital content. If he doesn't do that, it affects the general rule in force in the legal system that gives the heirs the competence to take that decision. Thus, in the absence of any provision to the contrary of the deceased, it is necessary to transfer the digital content to the heirs, as is the case with the analog content.

KEYWORDS: Digital inheritance; digital legacy; transmissibility; heirs; principle of universal succession; digital contracts; memorial clause; abusive clause; nullity.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Relato do julgamento do BGH III ZR 183/17, de 12.07.2018; 1.1 A transmissibilidade da conta do Facebook; 1.2 Controle do conteúdo contratual: a abusividade da cláusula de proibição de acesso aos herdeiros; 1.3 A proibição de acesso não decorre da essência do contrato; 1.4 A confiança sobre a confidencialidade da comunicação e seus limites; 1.5 A irrelevância da distinção entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais; 1.6 A proibição de acesso à herança digital não decorre do sigilo das comunicações ou da proteção de dados pessoais; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Se a digitalização foi inicialmente utilizada para designar o fenômeno tecnológico que viabilizou o armazenamento de arquivos digitais, hoje o termo denota uma verdadeira transformação pela qual a sociedade atual tem passado, indicando a mudança estrutural nas condições de vida provocadas pela digitalização, seja na esfera governamental com o governo eletrônico e o uso de big data para a atuação de entes públicos, seja no modelo de produção com a Indústria 4.0, seja nas transformações dos hábitos sociais com as residências inteligentes e o uso de redes sociais e de serviços de comunicação instantâneas².

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

Afinal, com a crescente digitalização da vida, uma pessoa que vem a falecer deixa não apenas um patrimônio físico, mas também um patrimônio digital, consistente em livros digitais e arquivos de músicas comprados, canais de vídeos administrados e nomes de domínios registrados etc. Para além disso,

2 HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 134, 2009.

a pessoa também deixa inúmeros rastros digitais, que não desaparecem com a sua morte, como *e-mails*, mensagens, postagens, fotos, vídeos, perfis em redes sociais, senhas etc.

O armazenamento e acesso de arquivos eletrônicos não é uma questão somente privada, mas levanta também um problema de memória coletiva e social no século XXI. Enquanto no mundo analógico os formatos perduram com o passar do tempo, o mesmo não se pode dizer dos arquivos digitais, cujos mecanismos de acesso rapidamente se tornam obsoletos³. Afinal, sem o devido cuidado sobre o armazenamento ou sobre como esses arquivos digitais serão acessados no futuro, haveria o risco de vivenciarmos a “idade negra” do mundo digital, uma espécie de amnésia digital, como afirma um dos criadores da internet, Vint Cerf⁴.

O que fazer com essa enorme quantidade de dados armazenados pelos provedores de aplicação de internet se o titular desses serviços que vem a falecer não pode mais, por óbvio, tomar qualquer decisão a respeito? Os familiares próximos ou herdeiros podem acessar essas contas? É possível escolher entre a exclusão desses perfis ou sua continuidade na forma de memorial?

Em pesquisa realizada recentemente pela empresa YouGov sobre o que as pessoas gostariam de fazer com suas redes sociais após a morte, constatou-se que 26% das pessoas planejam transferir o seu perfil para pessoas queridas, 67% querem que os perfis sejam excluídos e apenas 7% gostariam que os perfis continuassem indefinidamente na rede⁵.

Ocorre que ainda não se tem a cultura de decidir ainda em vida o que será feito com todo o conteúdo produzido e armazenado nas redes sociais e em outras plataformas digitais amplamente utilizadas após a morte. Como mostra uma pesquisa realizada pela empresa alemã Bitkom, em 2017, apenas 18% dos usuários de rede social tomaram essa decisão; entre eles, 55% fizeram essa declaração perante o provedor de serviços de internet ou a plataforma *online*; 29% tomaram a decisão por meio de testamento e 17% contrataram um provedor específico para excluir todas as contas *online* em caso de morte⁶. Além disso, há uma tendência de surgimento de empresas para lidar com o acervo digital após a morte do usuário⁷.

3 BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Rio de Janeiro: Arquipélago Editorial, 2017. p. 100.

4 Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/criador-da-internet-teme-perda-de-todas-as-nossas-memorias-digitais-no-futuro-15328407>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

5 Disponível em: <<https://www.telegraph.co.uk/news/2018/11/06/rise-digital-inheritance-yougov-poll-shows-quarter-people-plan/>>.

6 Disponível em: <<https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Die-wenigsten-regeln-ihren-digitalen-Nachlass.html>>.

7 LEAL, Livia Teixeira. A internet e a morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018, p. 183.

A situação atual no Brasil é de insegurança jurídica, na medida em que não se tem regulamentação específica e há controvérsias em relação à aplicação (ou não) das regras clássicas de sucessão à herança digital. Poucos ainda são os julgados a respeito⁸. Embora existam dois projetos de lei⁹ sobre o tema em tramitação no Congresso Nacional, não se estabeleceu ainda um consenso doutrinário mínimo sobre o assunto¹⁰.

A insegurança jurídica perdura na medida em que o tema é regulado por uma variedade de termos de uso dos provedores de aplicação, que apresentam soluções diversas para a hipótese de falecimento do titular da conta. Resta claro que se trata de uma regulação por meio de contrato, nos termos de Luca Belli e Jamila Venturini¹¹, ou, de forma ainda mais evidente, da regulação pelo código, na famosa expressão de Lawrence Lessig¹². Afinal, as possibilidades e os limites da pretensão dos herdeiros passam a depender, por um lado, dos termos de uso e, por outro, de forma ainda mais direta, de como o sistema foi programado, isto é, se de modo a permitir ou não acesso, uso ou modificação por outras pessoas para além do titular falecido.

Segundo os termos de uso do Facebook¹³, a conta do falecido transforma-se automaticamente em memorial tão logo a empresa tenha conhecimento do óbito, ainda que por meio de estranhos. A rede social até permite que a “conta memorial” seja administrada por um “contato herdeiro”, mas ele precisa ser indicado em vida pelo titular do perfil. Caso não haja indicação, a conta do usuário falecido fica congelada: o conteúdo compartilhado com o público permanece visível, as pessoas podem postar em seu perfil, mas ninguém tem acesso ao conteúdo da conta. O Google oferece um serviço de gerenciamento

-
- 8 Cf. Processo nº 002337592.2017.8.13.0520, Tribunal de Justiça de Minas Gerais (Pedido de uma mãe para acessar os dados da filha morta, arquivados em uma conta virtual vinculada ao telefone celular. O pedido foi negado em sentença. Considerou-se na decisão o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, garantido pela Constituição Federal) e Processo nº 0001007-27.2013.8.12.0110, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (Pedido de uma mãe para excluir do Facebook o perfil da filha falecida, porque os amigos continuavam a mandar mensagens à filha mesmo após o falecimento. O pedido foi deferido).
- 9 Projeto de Lei nº 4.847, de 2012, e Projeto de Lei nº 4.099/2012. O Projeto de Lei nº 4.847 foi apensado ao Projeto de Lei nº 4.099, de 2012, que propôs um acréscimo de um parágrafo único ao art. 1.788 do CC, que teria a seguinte redação: “Serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”.
- 10 Sobre o tema, cf. BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Rio de Janeiro: Arquipélago Editorial, 2017. p. 100; LEAL, Livia Teixeira. A internet e a morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018; COSTA FILHO, Marco Aurélio de Faria. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 9, 2016. Disponível em: <<https://revista.fjpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152>>.
- 11 BELLI, Luca; VENTURINI, Jamila. Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation. In: *Internet Policy Review*, v. 5, n. 4, 2016. Disponível em: <<https://policyreview.info/articles/analysis/private-ordering-and-rise-terms-service-cyber-regulation>>.
- 12 LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace – “Code 2.0”*. 2. ed. Basic Books, 2006.
- 13 Disponível em: <<https://www.facebook.com/help/123355624495297?helpref=related>>.

de contas inativas, que é uma forma de os usuários compartilharem partes dos dados de suas contas ou notificarem alguém caso as contas fiquem inativas por um determinado período de tempo¹⁴.

Duas são as peculiaridades do conteúdo digital, que acabam por impor desafios importantes na discussão sobre a transmissibilidade do conteúdo ou do acesso pelos herdeiros em caso de morte de seu titular: i) para além do conteúdo patrimonial dos bens digitais, eles exprimem, muitas vezes, um conteúdo extrapatrimonial, podendo afetar eventualmente direito de terceiro ou o direito de personalidade *post mortem*; ii) ao contrário de cartas, diários e livros armazenados na casa ou no ambiente de trabalho da pessoa falecida, o conteúdo digital é armazenado por um provedor de serviços de internet, que acaba determinando, por meio do contrato, um maior ou menor acesso do conteúdo aos herdeiros.

Merece especial atenção esse segundo aspecto: a intermediação do conteúdo digital por plataformas de internet. Se, com o falecimento de um ente querido, os familiares mais próximos passam a ter acesso ao material físico que a pessoa deixou, como cartas, diários e fotos, o mesmo não acontece no mundo digital, pois ainda que os herdeiros tenham a senha de acesso às contas e perfis do usuário, tal acesso pode ser bloqueado pelo sistema em razão dos termos de uso das plataformas.

Isso aconteceu na Alemanha em um caso que durou cinco anos e no qual se discutiu a possibilidade de acesso pelos pais à conta de uma adolescente, falecida em um acidente de metrô, sob circunstâncias não esclarecidas. Decisão recente do Tribunal Federal alemão, o *Bundesgerichtshof* (BGH)¹⁵, equivalente ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, pôs fim à controvérsia, em junho de 2018, permitindo o acesso dos pais ao perfil da filha falecida. O objetivo do presente texto é relatar o caso de forma detalhada, de modo a extrair subsídios para aprofundar o debate, ainda incipiente, sobre o tema no Direito brasileiro.

1 RELATO DO JULGAMENTO DO BGH III ZR 183/17, DE 12.07.2018

Os pais de uma adolescente de 15 anos, falecida em um acidente no metrô de Berlim, em 2012, entraram com uma ação contra o Facebook, alegando terem sido impedidos de acessar a conta da filha, que havia sido transformada em “memorial”. As circunstâncias da morte não estavam esclarecidas, havendo suspeita de suicídio e *mobbing* no colégio. O objetivo do acesso à conta, segundos os pais, era compreender a causa do falecimento da filha, de modo

14 Disponível em: <<https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=pt-BR>>.

15 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17. Disponível em: <<https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/741207/>>.

a esclarecer se se tratou de suicídio ou de acidente. Essa questão era relevante também para a defesa dos pais em processo judicial de reparação movido pelo condutor do transporte público, que estava pleiteando danos morais pelo abalo emocional por ele sofrido em decorrência do envolvimento no suposto suicídio.

Em 4 de janeiro de 2011, a falecida, à época com 14 anos de idade, cadastrou-se, com o consentimento dos pais, na rede social Facebook e manteve ali uma conta. Em 3 de dezembro de 2012, ela sofreu um acidente fatal, quando foi atropelada por um trem em uma estação de metrô de Berlim. Os pais (autores) tentaram entrar na conta do Facebook usando os dados de acesso que a filha havia lhes informado. No entanto, não tiveram sucesso, porque o Facebook já tinha transformado a conta da usuária em memorial, após ter sido notificado por um terceiro sobre o falecimento.

A partir disso, o acesso à conta foi bloqueado. O conteúdo compartilhado pela falecida com o público permanecia visível e as pessoas podiam postar em seu perfil, mas ninguém tinha acesso ao conteúdo de comunicação pessoal privado da conta, conversas e fotos por ela armazenadas. Segundo o Facebook, a transformação da página em memorial, com a consequente vedação de acesso a qualquer pessoa, visa proteger não apenas os direitos do usuário falecido, mas também de seus contatos. A empresa afirma que os interlocutores (“amigos”) do falecido entendem que as mensagens particulares, trocadas com aquele, permanecerão em sigilo mesmo após sua morte e, portanto, permitir o acesso dos herdeiros à conta violaria o direito à privacidade das partes (usuário falecido e interlocutores).

Christian Rohnke, advogado do Facebook na Alemanha, ponderou também que os adolescentes costumam trocar detalhes íntimos nas redes sociais, que, muitas vezes, desejam manter longe do conhecimento dos pais¹⁶. O Facebook admitiu que a decisão de sopesar os “desejos” dos familiares e proteger a esfera privada de terceiros era das mais difíceis a serem tomadas, mas, embora compartilhe a dor da família, precisa garantir que a comunicação entre os usuários da rede social seja protegida.

O juiz de primeiro grau (LG Berlin)¹⁷, em 17.12.2015, deu ganho de causa aos pais da adolescente e ordenou ao Facebook liberar o acesso à conta da falecida, pois a herança digital do falecido pertence a seus herdeiros, podendo eles acessar todas contas de *e-mails*, celulares, WhatsApp e redes sociais.

16 Disponível em: <<https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/bgh-eltern-erben-facebook-konto-der-toten-tochter>>. Acesso em: 20 set. 2018.

17 Disponível em: <http://www.gerichtentscheidungen.berlin-brandenburg.de/jportal/portal/t/279b/bs/10/page/sammlung.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=JURE160001169&doc.part=L&doc.price=0.0#focuspoint>.

Em grau de recurso, o *Kammergericht*¹⁸ reviu a decisão, negando acesso à conta sob o fundamento de que o acesso ao conteúdo violaria o sigilo das telecomunicações dos interlocutores da pessoa falecida. Apesar de reconhecer que, em princípio, as pretensões e obrigações relacionadas a um contrato, como o do Facebook, são transmissíveis via herança, afirmou não haver clareza jurídica sobre a transmissibilidade de bens com conteúdo personalíssimo e entendeu que tal separação do conteúdo em uma caixa de *e-mail* geraria inúmeros problemas práticos. Concluiu não ter que responder a essa questão, na medida em que o sigilo das telecomunicações já vedaria o acesso da conta pelos pais.

A família recorreu, então, ao *Bundesgerichtshof*, que, em decisão proferida no dia 12.07.2018¹⁹, julgou procedente a revisão interposta e reconheceu o direito sucessório dos pais de acesso à conta da filha falecida, bem como a todo o conteúdo nela armazenado. Em síntese, a Corte Federal alemã reconheceu a pretensão dos pais, herdeiros únicos da menor, de ter acesso à conta e a todo o conteúdo nela existente, uma vez que essa pretensão decorre do contrato de consumo (contrato de utilização) existente entre a adolescente e o Facebook, o qual é transmissível aos herdeiros com a morte. Para a Corte, o direito sucessório à herança digital não se opõe aos direitos de personalidade *post mortem* da falecida, ao direito geral de personalidade do *de cuius* ou dos terceiros interlocutores, ao sigilo das comunicações, nem tampouco às regras sobre proteção de dados pessoais²⁰.

1.1 A TRANSMISSIBILIDADE DA CONTA DO FACEBOOK

Para o BGH, da mesma forma que cartas e diários íntimos, também as correspondências digitais são, em princípio, transmissíveis aos herdeiros, pois no mundo digital vigora – da mesma forma que no plano material – o *princípio da sucessão universal*. Segundo esse princípio – consagrado no § 1922, inc. 1 BGB –, todo o patrimônio, vale dizer, todas as relações jurídicas do falecido transmitem-se aos sucessores, exceto as que se devam extinguir pela sua natureza, por força de lei, acordo ou pela vontade do autor da herança. Fora esses casos, os herdeiros *se inserem imediatamente na titularidade das relações jurídicas* do falecido com a abertura da sucessão, por força do princípio da *saisine*.

Dessa forma, o *contrato de utilização* estabelecido entre o usuário e o Facebook não se extingue com a morte do titular da conta, mas é transmitido automaticamente aos herdeiros no instante da morte. Eles passam, então, a *assumir a posição jurídica* do usuário falecido na relação contratual, como

18 Disponível em: <<http://www.berlin.de/gerichte/presse/pressemitteilungen-der-ordentlichen-gerichtsbarkeit/2017/pressemitteilung.596076.php>>.

19 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17.

20 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 17-19.

acontece comumente no plano sucessório, e adquirem, em princípio, a *legítima pretensão de acessar a conta e todo o conteúdo digital* lá armazenado.

No entendimento do Tribunal alemão, o contrato de consumo celebrado entre a adolescente e o Facebook – cujo objeto era a criação e utilização do perfil – fora transmitido aos pais, que passaram a ocupar a posição jurídica contratual da filha falecida com todos os seus direitos e obrigações. Em decorrência disso, têm eles uma *pretensão de acesso à conta e ao conteúdo digital armazenado*, seja de natureza patrimonial ou estritamente pessoal, até porque não havia, no caso, manifestação válida de vontade em sentido contrário²¹.

Para afastar a transmissibilidade da conta da rede social, o titular deve – em vida – vedar expressamente o acesso dos herdeiros à conta, vale dizer, afastar a transmissibilidade via herança do acervo digital, sob pena de que ele seja automaticamente transferido aos sucessores, como ocorre com a abertura da sucessão. Isso pode ser feito em testamento ou em qualquer outro documento que comprove a intenção inequívoca do autor da herança digital de impedir sua transferência aos sucessores.

A Central de Defesa dos Consumidores na Alemanha diz que o ideal é que o usuário nomeie uma pessoa de confiança para cuidar de todo o seu acervo digital, detalhando como isso deve ser feito, ou seja, o que deve acontecer com seus perfis nas redes sociais, blogs, canais, mensagens, fotos, músicas, contatos e todo o conteúdo digital lá armazenado, não esquecendo de definir o mesmo em relação a aparelhos eletrônicos como computadores, *tablets* e *smartphones*. Também importante deixar dito se o perfil deve ser transformado em memorial ou excluído, quais dados devem ser apagados e/ou preservados, quais contratos devem ser rescindidos etc.²²

O usuário pode, entretanto, deixar essas decisões a cargo do procurador. Para tanto, recomenda-se – não optando pelo testamento – fazer uma procuração, com validade *post mortem*, indicando uma pessoa com poderes específicos para proteger e administrar os dados digitais, já denominados o “ouro do século 21”. Só o procurador terá acesso às contas e senhas, que podem ser indicadas em documento à parte, impresso ou salvo em *pendrive*, por exemplo, o qual deve ser guardado em local seguro como cofres ou bancos²³. O ideal, orienta a Central, é avisar a família e/ou o mandatário onde encontrar os da-

21 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 22 e ss.

22 Cf. *Digitaler Nachlass: Letzter Wille zu gespeicherten Daten*. Disponível em: <<https://www.verbraucherzentrale.nrw/wissen/digitale-welt/datenschutz/digitaler-nachlass-letzter-wille-zu-gespeicherten-daten-12002>>. Acesso em: 20 set. 2018.

23 Cf. o site da Central de Defesa dos Consumidores, *Digitaler Nachlass: letzter Wille zur gespeicherten Daten*, publicado em 08.05.2018. Disponível em: <<https://www.verbraucherzentrale.nrw/wissen/digitale-welt/datenschutz/digitaler-nachlass-letzter-wille-zu-gespeicherten-daten-12002>>. Acesso em: 5 out. 2018. Cf. ainda o portal do Governo Federal da Alemanha, onde também se encontram informações e recomendações

dos de acesso ao acervo digital, a fim de evitar problemas futuros. Já existem até empresas que oferecem serviço de administração da herança digital, mas a Central de Defesa dos Consumidores alerta os usuários ao fato de que, uma vez contratadas, essas empresas terão acesso a dados pessoais sensíveis, o que requer reflexão antes da contratação.

1.2 CONTROLE DO CONTEÚDO CONTRATUAL: A ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE ACESSO AOS HERDEIROS

No julgamento, a Corte alemã realizou um controle de legalidade das condições contratuais gerais (termos de uso) do Facebook, que impõem a transformação automática da conta em memorial, vedando seu acesso a qualquer pessoa, salvo indicação prévia de um contato herdeiro. Para o Tribunal, tais regras não são insuficientes para impedir a transmissibilidade sucessória da conta aos herdeiros, pois *impostas unilateral e posteriormente* pelo Facebook, não tendo delas a usuária tomado prévio conhecimento, razão pela qual não integram o contrato, nos termos do § 305, inc. 2 BGB²⁴.

Mas, ainda que fizessem parte do instrumento contratual, o BGH salientou que tais cláusulas seriam *abusivas* e, portanto, *nulas*. Para o Tribunal alemão, a abusividade da cláusula de intransmissibilidade da conta do usuário caracteriza-se, porque essa determinação *altera unilateral e posteriormente os deveres de prestação* que devem ser prestados pela plataforma digital.

Com efeito, pelo contrato de utilização, o Facebook obriga-se, em essência, a disponibilizar aos usuários uma plataforma de comunicação, a publicar – sob ordens dos mesmos – conteúdos nessa plataforma, a transmitir mensagens a outras contas de usuários e permitir acesso às mensagens recebidas. Os *deveres de prestação principais* consistem, portanto, em síntese, em *viabilizar o acesso e disposição da conta e do conteúdo armazenado* aos usuários.

Ora, com a transformação da conta pessoal do usuário em memorial e o consequente bloqueio de acesso aos sucessores do falecido, ainda quando eles possuam os dados de acesso, o Facebook modifica sensivelmente o conteúdo do seu dever de prestação principal, que consiste em viabilizar ao usuário (agora: sucessores legítimos) o acesso e a possibilidade de disposição da conta e do conteúdo digital armazenado, colocando a contraparte em situação de desvantagem desproporcional, o que é vedado pelo § 307, inc. 2 do BGB.

sobre como gerir sua herança digital. Disponível em: <<https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2018/07/2018-07-20-digitalen-nachlass-regeln.html>>. Acesso em: 20 set. 2018.

24 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 27 e ss.

Segundo a cláusula geral do § 307 do BGB, são inválidas, entre outras, as condições contratuais gerais que coloquem a contraparte em *situação de desvantagem desarrazoada*, ofendendo o princípio da boa-fé objetiva (inc. 1). Presumem-se excessivamente desvantajosas, segundo o § 307, inc. 2 do BGB, aquelas regras que não se harmonizem com as ideias fundamentais do regramento legal (n. 1) ou que restrinjam consideravelmente os direitos e deveres resultantes da natureza do contrato, frustrando o alcance de seu fim último (n. 2).

Com a regra do memorial, o Facebook estabelece, na prática, a intransmissibilidade da relação contratual aos herdeiros, *esvaziando o princípio da sucessão universal*, na medida em que nega aos herdeiros – enquanto sucessores na posição contratual do falecido – o direito de acesso à conta, após a comunicação do óbito, fazendo com que os mesmos percam seu principal “direito” (*rectius*: pretensão) prestacional.

Além de ofender a ideia elementar da sucessão universal, estampada no § 1922 do BGB, a proibição de acesso à conta ainda *frustra o fim essencial do contrato de utilização* da plataforma de comunicação, que consiste exatamente no acesso à conta cadastrada pelo usuário e ao conteúdo armazenado, enquadrando-se, portanto, nas hipóteses descritas no § 307, inc. 2 do BGB. Segundo o BGH, pelos motivos acima elencados, a regra do memorial constitui cláusula abusiva.

1.3 A PROIBIÇÃO DE ACESSO NÃO DECORRE DA ESSÊNCIA DO CONTRATO

Afastando-se de uma corrente doutrinária minoritária na Alemanha, o BGH negou que a proibição de acesso à conta pelos herdeiros decorra da natureza do contrato²⁵. Para que assim o fosse, o contrato teria que ter conteúdo personalíssimo, de modo que os direitos e deveres lá presentes fossem moldados de tal forma à pessoa das partes que uma alteração subjetiva no contrato provocasse uma modificação essencial na prestação.

Uma análise mais detida do contrato celebrado entre o Facebook e os usuários revela, contudo, que os deveres prestacionais dele decorrentes não têm natureza personalíssima. Isso pode causar espanto, à primeira vista, mas, o que, a rigor, tem cunho personalíssimo é o *conteúdo* da conta do usuário (dados pessoais, mensagens, postagens, fotos, vídeos etc.). Os *deveres de prestação*, em especial o de dar acesso ao usuário do Facebook, ao contrário, não têm cunho personalíssimo, pois as prestações devidas a um usuário não se distinguem das devidas a todos os demais usuários da rede.

25 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 33 e ss.

De fato, por meio do contrato de utilização, a rede social obriga-se a disponibilizar uma plataforma de comunicação, a publicar conteúdos nessa plataforma sob ordens do usuário da conta, bem como a transmitir e permitir o acesso a mensagens e conteúdos digitais. Trata-se, portanto, de prestações eminentemente técnicas, que não são talhadas para uma pessoa específica, mas são prestadas a todos os usuários da rede indistintamente, podendo ser prestadas também face aos herdeiros. Diferente de um contrato médico, em que o profissional da saúde se compromete a tratar um paciente específico, não se estendendo o contrato a seus sucessores ou um contrato para criação de obra de arte, que se extingue com o falecimento do artista²⁶.

Para o BGH, só se poderia dizer que o contrato de utilização da plataforma é pessoal no sentido de que apenas o titular da conta pode enviar e publicar conteúdos. Por isso, cada usuário adquire uma licença de IP, que, inclusive, pode ser transmitida e sublicenciada²⁷. Mas isso não conduz, segundo o BGH, à intransmissibilidade da conta aos herdeiros, podendo, no máximo, justificar a *proibição de utilização ativa da conta* pelos sucessores do falecido, que, assim, não poderiam fazer postagens, nem enviar ou receber mensagens. Mas, em regra, não é isso o que pretendem os herdeiros. Eles querem – em regra, frise-se – apenas ter acesso ao *conteúdo existente* a fim de guardar as lembranças do ente querido ou, como no caso em análise, tentar descobrir as circunstâncias da morte da filha.

1.4 A CONFIANÇA SOBRE A CONFIDENCIALIDADE DA COMUNICAÇÃO E SEUS LIMITES

Na decisão, o Tribunal também afirmou que a proibição de transmissibilidade do direito de acesso à conta do usuário também não se deixa justificar pela proteção dos direitos de personalidade do falecido ou de terceiros, que com aquele trocaram mensagens ou qualquer outro tipo de conteúdo digital, como postula uma doutrina minoritária na Alemanha²⁸.

Segundo o BGH, o usuário que celebra um contrato de utilização de uma plataforma de comunicação pode legitimamente confiar que a plataforma não acesse, divulgue ou permita que terceiros acessem indevidamente esse conteúdo, respondendo obviamente quando isso ocorre. Mas ele *não pode esperar* – se nada dispôs em vida em sentido contrário – *que esse sigilo tenha eficácia post mortem perante os herdeiros*, que sucedem o falecido em suas relações jurídicas após a morte.

26 Nesse sentido: LEIPOLD, Dieter. In: *Münchener Kommentar zum BGB*. Sibylle Kessal-Wulf (Redatora). 7. ed. München: Beck, v. 10, p. 96, 2017.

27 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 38.

28 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 40 e ss.

Isso se justifica na medida em que o dever contratualmente assumido pela plataforma de comunicação (transmissão e entrega de conteúdos digitais) é essencialmente vinculado a uma *conta*, e não a pessoas determinadas, de forma que qualquer pessoa, de posse dos dados de identificação da conta, poderá ter acesso ao conteúdo lá armazenado. De fato, em razão do anonimato imanente ao sistema, o Facebook não pode ser obrigado a transmitir mensagens ou conteúdos a uma *pessoa determinada*, pois a empresa não tem como controlar se quem acessou a conta foi realmente o titular ou um terceiro por ele autorizado. Nem mesmo o emissor tem como reconhecer se destinatário e titular da conta são idênticos. Pense-se na hipótese que alguém cria uma conta com nome falso ou com nome de terceiro, fazendo-se passar por este.

Por isso, a obrigação da plataforma de comunicação limita-se a transmitir – ou melhor, colocar à disposição para acesso – a mensagem para a conta destinatária, indicada pelo emissor. Isso mostra que o *critério identificador* do destinatário não é uma pessoa determinada, mas a *conta indicada*, para a qual as mensagens e os conteúdos compartilhados devem ser liberados. Dessa forma, *todo aquele que acessar a conta com os dados de identificação* terá acesso às mensagens e/ou conteúdos lá armazenados.

Isso significa dizer: o *emissor da mensagem suporta o risco* que terceiro tenha acesso ao material enviado, seja porque o destinatário reencaminhou ou mostrou a mensagem ao terceiro, seja porque o terceiro tinha acesso à conta do destinatário. Esse risco é de todo emissor, da mesma forma que ocorre na comunicação analógica. Essa afirmação pode causar espanto, mas quem envia a outrem uma carta sabe – ou deveria saber – que não pode controlar quem, ao fim e a cabo, terá conhecimento de seu conteúdo.

Ele tem consciência também, como salienta o BGH, que a obrigação dos correios encerra-se com a colocação da carta na caixa postal do destinatário, não respondendo o serviço postal caso terceiros peguem indevida ou inadvertidamente a carta da caixa postal ou caso o próprio destinatário a mostre a terceiros. Logo, é do emissor o *risco que terceiros tomem conhecimento do conteúdo* da carta, o que vale, evidentemente, também para os conteúdos compartilhados por meio digital.

Portanto, segundo o BGH, o usuário de uma rede social tem – ou deveria ter – consciência, tal como o emissor de uma carta, que é impossível controlar quem terá conhecimento do conteúdo da mensagem enviada. Essa regra vale, por óbvio, tanto para o *titular da conta* quanto para seus *interlocutores*, pois também estes assumem o risco de que terceiros tenham acesso ao conteúdo das comunicações trocadas. E se o interlocutor suporta o risco de que terceiros tomem conhecimento – durante a vida do destinatário – das mensagens e/ou conteúdos compartilhados, o mesmo vale também após a morte do destinatário,

pois todos sabem que a morte pode chegar a qualquer momento e que outras pessoas irão herdar as relações contratuais do falecido, tornando-se, em função disso, legitimados a acessar o conteúdo da conta.

Dessa forma, o interlocutor do titular da conta *não pode legitimamente confiar* que os herdeiros não terão acesso ao conteúdo das mensagens após a morte daquele. Além da hipótese em que o falecido informa previamente a senha de acesso aos familiares, como no caso de Berlim, o BGH utiliza como exemplo, a confirmar a constatação acima, as hipóteses em que a pessoa, antes de morrer, salva em seu próprio computador ou em um USB-Stick as mensagens trocadas ou as imprime em papel, guardando-as em uma gaveta²⁹. Todos esses bens serão automaticamente transmitidos aos herdeiros com a morte do titular da conta da rede social e isso é – ou deve ser – do conhecimento de todos os interlocutores do falecido, de forma a desautorizar qualquer confiança legítima na permanência de sigilo da comunicação.

O interlocutor só pode legitimamente confiar que o provedor entregará (*rectius*: colocará à disposição) a mensagem à conta receptora por ele indicada, mas isso não afasta o risco que terceiros venham a ter conhecimento do conteúdo compartilhado. Ao contrário, diz o BGH: o interlocutor tem que contar com a hipótese de que terceiros possam tomar conhecimento do conteúdo das mensagens. Isso vale durante a vida e após a morte do destinatário. Isso não afasta a possibilidade de eventual pedido indenizatório quando a divulgação da mensagem pelos sucessores do destinatário causar dano patrimonial e/ou moral ao interlocutor, que fica assim protegido pela ordem jurídica.

A plataforma digital tem, portanto, o *dever de transmitir, armazenar e permitir o acesso* – inclusive depois da morte – às mensagens e conteúdos digitais vinculados a determinada conta, enquanto esta existir, a fim de que os legitimados possam acessar o *conteúdo digital lá existente*. Tendo em vista que a mensagem, uma vez enviada, não mais permanece na área de disposição do emissor, mas sim na da conta receptora, os legitimados sucessoriamente a acessá-la têm uma pretensão contra a rede social para que esta lhes garanta o acesso a todo o conteúdo existente, vinculado à conta.

Isso não ofende o direito de personalidade *post mortem* do autor da herança, deduzido da cláusula geral da inviolabilidade da dignidade humana, consagrada no art. 1º, inc. 1 da Lei Fundamental alemã, pois as normas e princípios do direito sucessório autorizam, em regra, a transmissibilidade dos conteúdos digitais, tal como dos analógicos, aos sucessores do falecido.

29 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 46.

1.5 A IRRELEVÂNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE SITUAÇÕES JURÍDICAS PATRIMONIAIS E EXISTENCIAIS

Ao apreciar o recurso interposto pelos pais da jovem falecida, o *Bundesgerichtshof* enfrentou ainda a tese, defendida por uma parte da doutrina alemã, de que a transmissibilidade – ou não – da herança digital dependeria da *natureza do conteúdo* existente na conta do usuário falecido.

Segundo essa corrente, os conteúdos digitais de caráter patrimonial seriam transmitidos normalmente aos herdeiros, mas não aqueles de caráter extrapatrimonial, vale dizer, de caráter estritamente pessoal ou existencial. Alguns defensores dessa linha sustentam que, em respeito ao direito de personalidade *post mortem* do titular da conta, tais informações não deveriam ser transmitidas aos herdeiros, *mas apenas aos membros familiares mais próximos*. Defende-se ainda que caberia a terceiro fazer a separação entre os conteúdos patrimoniais e existenciais antes da transmissibilidade. Isso significa, no caso *sub judice*, que um terceiro (não os pais, os legítimos sucessores) teria que analisar e fazer a triagem de todo o conteúdo digital acumulado em vida no mundo digital pela jovem falecida a fim de decidir o que poderia ser – ou não – acessado e transferido a seus pais³⁰.

O Tribunal afirmou que, mesmo segundo a linha mais moderada dessa corrente, o pleito do caso – o acesso à conta do Facebook – acabaria por ser concedido, tendo em vista serem os recorrentes os pais da falecida e, portanto, seus parentes mais próximos³¹. Mas, no geral, posicionou-se contrário a essa doutrina, por entender que o Código Civil alemão não diferenciou o conjunto de deveres e direitos transmissíveis por herança entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais.

De acordo com o Tribunal, a lei não faz distinção entre herança patrimonial e herança existencial, nem tampouco os valores legais que lhes são subjacentes autorizariam tal diferenciação. Isso porque o § 2047, inc. 2 do BGB determina, por exemplo, que os escritos e documentos que dizem respeito a relações pessoais do falecido não serão partilhados, mas permanecerão comuns aos herdeiros. O § 2373, frase 2 do BGB estabelece que, em caso de alienação do acervo hereditário, as cartas e fotos de família consideram-se dela excluídas³².

Disso se depreende que os dois dispositivos pressupõem que os documentos existenciais do *de cuius* pertencem à massa hereditária, o que depõe contra a tese da intransmissibilidade de tais documentos. Além disso, ponderou

30 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 47 e 48.

31 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 48.

32 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 49.

o BGH, é indiscutível na Alemanha que documentos existenciais como cartas e diários são transmissíveis aos herdeiros, ainda quando contenham informações íntimas e confidenciais, envolvendo terceiros. Dessa forma, sublinha o Tribunal, não há nenhuma *razão axiológica* para tratar conteúdos digitais e conteúdos analógicos de forma diferente quando ambos possuem caráter existencial.

Se o que se visa tutelar é o caráter existencial do conteúdo, protegendo-se a privacidade, intimidade e personalidade do morto ou de terceiros, essa tutela teria que ser feita *independentemente do meio* no qual esse conteúdo personalíssimo se materializa. Para o BGH, parece incoerente permitir a transmissão de cartas, diários e informações confidenciais e vedar a transmissão daquelas armazenadas em nuvens ou nos servidores de plataformas digitais como o Facebook, pois, repita-se, a existencialidade não resulta da *forma* como tais informações estão corporificadas ou salvas, mas exclusivamente de seu próprio *conteúdo*. Dessa forma, os valores e princípios subjacentes ao direito das sucessões garantem também a transmissibilidade da herança existencial, encontre-se ela em meios digitais ou analógicos³³.

Em segundo lugar, o BGH ponderou que essa teoria imporia graves *problemas de ordem prática*³⁴. Como o conteúdo digital deixado pelo falecido teria cunho patrimonial e existencial, seria necessário, de início, fazer uma análise geral de todo o conteúdo deixado e, em seguida, sua classificação para só, então, permitir a transmissibilidade (ou não) aos herdeiros, o que quebra o princípio da sucessão universal. A despeito da enorme amplitude do trabalho a ser realizado, outra relevante questão que se põe é a da *legitimidade*, ou seja, definir quem estaria legitimado para acessar e fazer a triagem do material, o que não é, de forma alguma, evidente.

1.6 A PROIBIÇÃO DE ACESSO À HERANÇA DIGITAL NÃO DECORRE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES OU DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Por fim, o Tribunal alemão descartou o argumento do Facebook de que o acesso dos herdeiros ao conteúdo digital ofenderia o sigilo das comunicações, previsto expressamente no § 88, inc. 3 da Lei de Telecomunicações (*Telekommunikationsgesetz*), que veda a todo prestador de serviços de comunicação (*Dienstanbieter*) ter – ou conferir a “outrem” – acesso ao conteúdo ou às circunstâncias próximas das comunicações. *Fim da norma*, portanto, é impedir que estranhos (“outrem”) à comunicação tenham acesso a seu conteúdo e não vedar a trans-

33 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 50.

34 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 51.

missibilidade do conteúdo digital aos sucessores legítimos do falecido, como bem pontuou a Corte³⁵.

Para o BGH, os herdeiros não podem ser enquadrados no conceito de “outrem”, previsto na norma, pois ele diz respeito àqueles (pessoas e/ou instituições) que não participam do processo de comunicação, e os herdeiros, ao contrário, são elevados à condição de *partícipes desse processo*, por força do direito sucessório, no instante da morte do titular da conta.

O exemplo da comunicação analógica confirma a tese, pois até as cartas mais íntimas e sigilosas do morto são transmitidas automaticamente aos sucessores, sem que se postule ofensa ao sigilo das comunicações. Não seria, portanto, coerente sustentar quebra do sigilo das comunicações simplesmente por se tratar de “cartas digitais”, armazenadas no servidor da plataforma digital para acesso, a qualquer tempo, do usuário da conta ou de seus sucessores, pois o grau de confidencialidade e existencialidade é o mesmo em ambas as situações. Isso mostra que o interesse na confidencialidade das comunicações não se considera violado em face do princípio da sucessão universal, e isso vale tanto para as comunicações analógicas como para as digitais.

Da mesma forma, também foi descartado pela Corte alemã o argumento de que a transmissibilidade da herança digital aos herdeiros ofenderia a proteção dos dados pessoais da falecida e de seus interlocutores. Inicialmente, o BGH observou ser entendimento pacífico, consagrado no nº 27 das razões do Regulamento EU 2016/679, de 27.04.2016, do Parlamento Europeu e do Conselho, que as regras sobre a proteção dos dados pessoais não se aplicam a pessoas falecidas.

Quanto à proteção dos dados pessoais dos interlocutores do falecido, a Corte salientou que o art. 6º, inc. 1, letra b do Regulamento nº 679/2016 – reproduzido no Direito brasileiro no art. 7º, V, da Lei nº 13.709/2018 – permite o tratamento dos dados pessoais quando *necessário à execução de contrato*, do qual é parte o titular dos dados³⁶. Dessa forma, a transmissão e o acesso de mensagens ou outros conteúdos, compartilhados pelos interlocutores do falecido, são realizados pelo Facebook para a execução de seus deveres de prestação principais, pois, como visto, pelo contrato de utilização a rede social obriga-se a transmitir e a disponibilizar para acesso todo o conteúdo digital enviado para a conta destinatária.

E o Facebook tem que cumprir esse dever de prestação primário tanto face ao emissor quanto face ao destinatário, de modo que legítimo é o tratamen-

35 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 57 e ss.

36 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 64 e ss.

to dos dados pessoais pelo Facebook nessas hipóteses. Isso não se altera com a morte. Com efeito, ao enviar uma mensagem, o usuário emissor dá uma ordem ao provedor para transmitir – e disponibilizar para acesso – o conteúdo à conta de destino, e essa ordem não tem eficácia temporal limitada, mas vale mesmo após a morte do destinatário, pois as mensagens enviadas ficam à disposição da conta destinatária, podendo ser acessada por todos aqueles que tiverem os dados de identificação.

Como a conta do *de cujus*, destinatária das mensagens e conteúdos digitais, é transmitida aos herdeiros no momento da abertura da sucessão, eles podem legitimamente acessar seu conteúdo enquanto ela existir. Dessa forma, o tratamento dos dados pessoais dos interlocutores do usuário falecido – que aqui consiste em permitir o acesso dos herdeiros à comunicação – é, nesse caso, plenamente legítimo, pois feito em cumprimento de obrigação contratual.

Independente disso, o BGH salientou ser necessário avaliar, no caso concreto, se o acesso à conta mostra-se necessário para a *preservação de interesses legítimos de terceiros*, sejam eles de natureza jurídica, fática, econômica ou simplesmente existencial. No caso da adolescente berlinense, indiscutível o interesse dos genitores herdeiros. Esse interesse justifica-se não apenas porque, com a morte, eles sucederam a filha no contrato de utilização da rede social e adquiriram, portanto, uma pretensão contratual contra o Facebook, direcionada a acessar o conteúdo digital da conta da falecida, mas também porque têm – enquanto herdeiros – interesse legítimo em defender seus direitos e interesses sucessórios.

E assim o é, porque os sucessores não apenas herdaram pretensões patrimoniais, mas também respondem (dentro das forças da herança) pelas obrigações do falecido. E muitas informações sobre essas pretensões e obrigações podem emergir do *conteúdo existente* na conta do falecido, que, por isso, adquire relevância não apenas existencial, mas também patrimonial. O acesso ao conteúdo da conta serve, portanto, para verificar a existência e validade das pretensões do falecido face a terceiros, bem como das pretensões de terceiros face ao falecido³⁷.

No caso específico da adolescente falecida no metrô em Berlim, o interesse legítimo dos genitores não tem apenas cunho *patrimonial*, mas também *existencial*, pois eles buscam, antes de tudo, informações que possam ajudar a esclarecer as circunstâncias da morte da filha, principalmente saber se o falecimento decorreu de acidente ou suicídio, hipótese ventilada durante as investigações. Isso ajudaria ainda em sua defesa na ação indenizatória movida pelo condutor do metrô, que pleiteia compensação pelo abalo moral sofrido com o

37 BGH v. 12.07.2018, III ZR 183/17, par. 80.

ocorrido. O tratamento dos dados pessoais é, portanto, indispensável no caso concreto, pois não há outro meio adequado e mais brando de satisfazer os interesses legítimos dos genitores herdeiros.

Como observou o BGH, para a utilização do legítimo interesse, como base legal para o tratamento de dados, é preciso realizar o balanceamento entre os interesses em jogo: de um lado, o direito à inviolabilidade da vida privada e à proteção dos dados pessoais das partes envolvidas na comunicação (falecidos e interlocutores) e, de outro, o direito à herança dos herdeiros. Confrontados e ponderados os direitos envolvidos, concluiu o Tribunal pela maior relevância dos interesses legítimos (existenciais e patrimoniais) dos herdeiros, porque os direitos e liberdades fundamentais dos envolvidos podem ser facilmente protegidos através da proibição – expressa ou implícita, feita em vida pelo titular em testamento ou qualquer documento – de acesso dos herdeiros ao acervo digital. Basta uma determinação, expressa ou implícita, em testamento ou qualquer outro documento para evitar o acesso dos herdeiros.

O Tribunal conclui que atribuir ao interessado a possibilidade de proteger, em vida, suas correspondências e materiais mais íntimos, privando-as dos olhares de familiares e/ou herdeiros, é o *meio mais adequado e eficiente* para tutelar a privacidade e intimidade, sem quebra sistemática no Direito Sucessório. Além disso, é o *meio menos restritivo aos direitos fundamentais* em colisão. Dessa forma, a aplicação da técnica da proporcionalidade corrobora a decisão do Tribunal no sentido de que a regra é a transmissibilidade do acervo digital, salvo disposição em contrário do falecido. Se o usuário não faz essa determinação em vida, aplica-se a regra da sucessão universal, com a consequente transmissão de toda a herança (analógica e digital) do falecido aos herdeiros.

CONCLUSÃO

Conforme se pode depreender deste *Case Report*, o Tribunal alemão decidiu que, em respeito à autonomia privada e à autodeterminação, o poder de decidir sobre o destino da herança digital cabe ao seu titular. Entretanto, se o indivíduo não o faz, deixando de indicar quem terá acesso às mensagens, fotos, vídeos ou outro material confidencial, vale a regra geral vigente no ordenamento jurídico que confere aos herdeiros o poder de tomar essa decisão. Dessa forma, na ausência de disposição em contrário do falecido, impõe-se a transmissibilidade do conteúdo digital aos herdeiros, tal como ocorre com o conteúdo analógico.

Vários aspectos merecem destaque na decisão analisada. Primeiramente, o reconhecimento de que os contratos dos usuários com as plataformas de internet são relações obrigacionais, regidas pelos princípios e regras do direito

obrigacional e do direito sucessório, quando da morte de seu titular. Isso permite, por um lado, o reconhecimento de sua transmissibilidade *post mortem*, salvo disposição em contrário, e, por outro, que o julgador faça um controle de legalidade dos termos de uso das plataformas de internet à luz da boa-fé objetiva e de normas cogentes do ordenamento. Com isso, permite-se a declaração de nulidade das cláusulas do contrato de adesão que impeçam a transmissão da conta aos herdeiros e que esvaziem princípios basilares do direito sucessório, frustrando o fim último do contrato³⁸.

Em segundo lugar, chama atenção o fato de o Tribunal alemão ter decidido a matéria à luz dos dispositivos legais existentes, sobretudo das normas sucessórias, sem ventilar qualquer lacuna ou necessidade de complementação da legislação pelo fato de se tratar de conteúdo digital da herança. Com isso, a Corte demonstrou que os novos problemas precisam, antes de tudo, ser analisados com base em sólida e coerente dogmática e solucionados, quando possível, de forma integrada no sistema jurídico, a fim de evitar quebras sistemáticas desnecessárias.

Recentemente, no final de 2018, o Parlamento espanhol aprovou a *Ley de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, que operou uma reforma na antiga Lei de Proteção de Dados e estabeleceu, entre outros aspectos, a legitimidade dos herdeiros da pessoa falecida para gerir a herança digital, salvo disposição testamentária em contrário, expressa ou implícita. Essa solução legislativa, que trilha a mesma linha da decisão alemã, foi intitulada como direito ao testamento digital:

Artículo 96. Derecho al testamento digital.

1. El acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas se regirá por las siguientes reglas:

a) Las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a dichos contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión. Como excepción, las personas mencionadas no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley. Dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.

b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar,

38 Sobre o controle de cláusulas abusivas na internet e, em especial, no âmbito da proteção de dados, confira-se também: MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones.

- c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.*
 - d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.*
- 2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma.*
 - 3. Mediante real decreto se establecerán los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones y, en su caso, el registro de los mismos, que podrá coincidir con el previsto en el artículo 3 de esta ley orgánica.*
 - 4. Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación.*

O caso decidido pela Corte de Karlsruhe tem relevância para a discussão do tema no Brasil, assim como a recém-aprovada norma espanhola, pois joga luz sobre diversos aspectos relacionados à herança digital, tema novo, polêmico e carente de regulação específica. Acompanhando o debate no exterior, aqui também se discute se o legado digital deixado por alguém pode – e deve – ser acessado e transmitido a familiares e herdeiros.

No caso analisado, é preciso separar a transmissão da obrigação e pretensão relacionadas ao contrato entre a plataforma e o usuário – sobre o qual não restam dúvidas acerca da transmissibilidade – dos efeitos dessa transmissão, efeitos esses que podem impactar os direitos da personalidade dos interlocutores do falecido ou direitos da personalidade *post mortem* do próprio usuário. Isto é, *o que está em jogo não é a transmissibilidade de direitos da personalidade, como algumas vezes é mencionado no debate brasileiro, mas a transmissibilidade de obrigações e pretensões que podem afetar esses direitos.*

Sob esse pano de fundo, ao analisar o impacto da transmissão desses contratos aos herdeiros, é fundamental observar quais direitos podem ser afe-

tados, pois a morte traz uma alteração substancial nesse cenário que não deve ser ignorada. Afinal, com a morte, extingue-se a personalidade, assim como a maioria dos direitos que a protegem, restando um direito da personalidade *post mortem* limitado. Isso porque somente alguns interesses, em especial aqueles ligados à honra e à imagem do falecido, assim como os que podem afetar os parentes próximos, são vistos como merecedores de proteção³⁹.

No que diz respeito à proteção de dados pessoais, entende-se que ela não abrange os dados de pessoa falecida. Embora a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) não tenha regulado o tema de forma explícita, como fez o Regulamento Europeu de Proteção de Dados (GDPR), é possível se inferir que o tratamento de dados pessoais de pessoas falecidas não está abrangido pela lei brasileira, seja por seus fundamentos, seja por seus objetivos. Nos termos do art. 1º, a Lei nº 13.709/2018 “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais [...] com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”. Assim o é, porque o marco normativo de proteção de dados parte do princípio de que o tratamento de dados pode acarretar um risco às liberdades fundamentais da pessoa e prejudicar seu livre desenvolvimento, em razão de uma representação não consentida pela pessoa, equivocada ou mesmo discriminatória⁴⁰. A pessoa falecida não corre esse risco de discriminação, nem tampouco de ter o seu livre desenvolvimento prejudicado e, portanto, não faria sentido submeter seus dados ao mesmo sistema de proteção forte e preventivo estabelecido pela LGPD para as pessoas vivas.

Já em relação às outras pessoas que tiveram contato com o falecido, os seus dados estão protegidos pelas normas de proteção de dados, inclusive pela Lei nº 13.709/2018. Também no Direito pátrio, poder-se-ia aplicar – a exemplo do que fez o BGH – o legítimo interesse dos herdeiros para acessar tais contas digitais que o falecido deixou. Nesse sentido, é fundamental observar que possibilitar o acesso pelos herdeiros não equivale a permitir que as contas sejam utilizadas livremente, nem tampouco que as mensagens ou outros dados sejam

39 Cf. interessante passagem de voto do Desembargador Sérgio Cavalieri, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, citado em acórdão do STJ (REsp 268660, Rel. Cesar Asfor Rocha): “Com efeito, ninguém desconhece que a imagem, como os demais bens personalíssimos, integrante da própria pessoa, extingue-se com a sua morte, o que a torna física e juridicamente intransmissível. Mas não se pode igualmente desconhecer que a imagem, dependendo da notoriedade do seu titular, pode produzir e projetar efeitos jurídicos para além da morte, afetando os sucessores do *de cuius*. É o que ocorre, por exemplo, com pessoas famosas já falecidas, cuja imagem continua sendo explorada comercialmente através de filmes, vídeos, publicidade, fotografias, livros, memórias, biografias etc. Os efeitos econômicos daí decorrentes incorporam-se ao patrimônio dos herdeiros do falecido e só por eles podem ser comercialmente explorados. O mesmo pode ocorrer quanto aos efeitos morais. Os ataques e ofensas à memória do morto são ofensas aos seus parentes próximos, causando-lhes sofrimento e revolta. Dessa forma, os parentes próximos de pessoas famosas falecidas passam a ter um direito próprio, distinto da imagem do *de cuius*, que os legitima para pleitearem indenização em juízo”.

40 Para uma análise sobre os fundamentos da proteção de dados, cf. DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

divulgados, de modo a violar os direitos de terceiros, como bem ressaltado na decisão do BGH. Os herdeiros que acessam a conta para fazer valer o seu legítimo interesse – seja patrimonial, seja moral – não podem abusar de seu direito de acesso, o que claramente configuraria dano moral. Não por outra razão já se fala na existência de um direito à conservação de segredos como elemento integrante do âmbito de proteção do direito de personalidade *post mortem*, vinculado ao direito à autodeterminação informativa⁴¹, a cargo dos herdeiros.

Vale ressaltar que, sob uma análise econômica, a regra da intransmissibilidade não parece a mais eficiente, pois implica tempo e dinheiro, impactando diretamente no custo e duração de inúmeros processos de inventários. Sem falar no aumento exponencial dos litígios surgidos nessa “fase preliminar” de análise da transmissibilidade, pois muitas discussões surgirão acerca do que deve ou não ser considerado conteúdo existencial. Ademais, a prevalecer a tese de que somente o que tem conteúdo patrimonial possa ser transmitido, é preciso considerar os *efeitos práticos* de como distinguir os dados patrimoniais dos dados existenciais. Aqui surgem vários questionamentos: quem faria a triagem entre dados patrimoniais e existenciais? Quais critérios distinguem ambas as categorias? Como tratar dados existenciais com valor patrimonial?

Não obstante, ainda que prevalecesse a tese da não transmissibilidade das obrigações e pretensões oriundas de contratos com as plataformas de internet, vale lembrar que o Direito brasileiro dispõe de norma inovadora que qualifica os herdeiros como legitimados a tomarem decisões acerca de situações que possam afetar a personalidade *pos-mortem* do indivíduo. Trata-se do parágrafo único do art. 20 do Código Civil⁴², que estabelece o seguinte:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

41 KUNZ, Lena. *Staudinger Kommentar zum BGB*. Berlin: de Gruyter, v. 5, 2016. p. 281.

42 O STJ já aplicou o referido dispositivo e entendeu que ele não nega a ideia da intransmissibilidade dos direitos da personalidade, mas possibilita uma forma aos herdeiros de protegerem a projeção da personalidade após a morte. Cf. Ementa do acórdão do Recurso Especial nº 268.660/RJ, (2000/0074502-2), de relatoria do Ministro Cesar Asfor Rocha: “Civil e processual civil. Reexame de prova. Divergência. Danos morais e materiais. Direito à imagem. Sucessão. Sucumbência recíproca. Honorários. 1. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí por que não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo. [...]”.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Fica claro, portanto, que se o *caput* do art. 20 pode ser visto como uma cláusula de garantia da autodeterminação e do livre desenvolvimento da personalidade, o seu parágrafo único atribui legitimidade aos herdeiros para decisões quanto às eventuais projeções da personalidade após a sua morte⁴³. Assim, no caso ora analisado, ainda que se compreenda – ao contrário da decisão alemã ora relatada – pela não transmissibilidade das obrigações e direitos relacionados ao serviços digitais, certo é que a projeção da personalidade é protegida mesmo após a morte do indivíduo, e, portanto, cabe aos herdeiros ou a pessoas próximas do falecido tomar decisões fundamentais quanto à sua identidade digital – seja pela exclusão da contas e perfis, seja pela sua manutenção.

Por fim, merece reflexão o fato de que a regra da transmissibilidade da herança digital, ao contrário do que uma leitura apressada possa sugerir, antes de enfraquecer os direitos de personalidade, *reforça a autonomia privada dos usuários* das redes sociais ao lhes assegurar o *poder de decidir* livremente quem pode – ou não – ter acesso ao legado digital armazenado no mundo virtual. Com isso, privilegiam-se a autonomia privada e a responsabilidade do autor do legado digital, em solução harmônica com o sistema sucessório. Nesse sentido, é de se esperar que, a partir da superação da insegurança jurídica quanto a esse tema, seja possível se desenvolver uma reflexão mais profunda acerca dos direitos e deveres de todos os envolvidos. Como exemplo, para fomentar a tomada de decisão por parte dos usuários, seria importante que os provedores de aplicação fornecessem a informação para o usuário sobre a transmissibilidade de tais contas, bem como sobre os meios adequados para que o usuário tome uma decisão a respeito do destino de todo o conteúdo digital armazenado.

Como se vê, o tema é complexo e multifacetado, especialmente por unir a um só tempo duas dimensões tão distintas do direito civil: a regulação de situações subjetivas patrimoniais, que acarretam efeitos em situações subjetivas existenciais. A superação da insegurança jurídica quanto a esse tema no Brasil deverá passar necessariamente por um debate que compreenda todas as suas dimensões: direito à personalidade, proteção de dados pessoais, sigilo das comunicações, direito sucessório e direito obrigacional.

REFERÊNCIAS

BELLI, Luca; VENTURINI, Jamila. Private ordering and the rise of terms of service as cyber-regulation. In: *Internet Policy Review*, v. 5, n. 4, 2016. Disponível em: <<https://>

43 Cf. TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Art. 20. In: *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

policyreview.info/articles/analysis/private-ordering-and-rise-terms-service-cyber-regulation>.

BRANCO, Sérgio. *Memória e esquecimento na internet*. Rio de Janeiro: Arquipélago Editorial, 2017.

COSTA FILHO, Marco Aurélio de Faria. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 9, 2016. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152>>.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Grundrechts- und Funktionsschutz für elektronisch vernetzte Kommunikation. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 134, 2009.

KUNZ, Lena. *Staudinger Kommentar zum BGB*. Berlim: de Gruyter, v. 5, 2016.

LEAL, Livia Teixeira. A internet e a morte do usuário: a necessária superação do paradigma da herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 16, p. 183, abr./jun. 2018. p. 181-197.

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

LESSIG, Lawrence. *Code and other laws of cyberspace – “Code 2.0”*. 2. ed. Basic Books, 2006.

MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor*. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Art. 20. In: *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.