

**VI ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

IARA PEREIRA RIBEIRO

CILDO GIOLO JUNIOR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cildo Giolo Junior; Iara Pereira Ribeiro; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-726-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil. 3. Contemporâneo. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I do VI Encontro Virtual do CONPEDI realizado em junho de 2023 abordou temas clássicos do direito privado, como propriedade, negócio jurídico, capacidade civil, contratos e bens revisitados pela perspectiva hodierna do Direito Civil, demonstrou o impacto da tecnologia, inclusão, solidariedade e globalização sem deixar de lado o rigor técnico conceitual e o apuro metodológico na produção da pesquisa dos artigos.

A devida publicação dos Anais do GT DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO contém 12 artigos que apontam caminhos para o aprofundamento dos estudos civilistas no Brasil.

O primeiro artigo intitulado LÉON DUGUIT E O DIREITO DE PROPRIEDADE: CONTRIBUIÇÕES PARA O TEMA de Jorge Aurênio Ribeiro Júnior aborda o direito de propriedade e sua função social de acordo com os postulados definidos pelo jurista Léon Duguit. Como contribuições ao debate atual sobre propriedade, o artigo destaca que a propriedade não pode ser vista como um fim em si mesmo e que possui como característica marcante a solidariedade social; trata do evolucionismo positivista e suas consequências para a propriedade; e aponta que a análise da propriedade como um fato social pode conduzir a reducionismos que retiram seu sentido valorativo.

A reflexão seguinte sobre A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA MULTIPROPRIEDADE E A ANÁLISE JURÍDICO-AMBIENTAL ACERCA DO MODELO MAIS LONGEVO DO BRASIL com autoria de Rannia Tameirão Oliveira, Johan Guilherme Alvino Pontes e Flavia de Paiva Medeiros de Oliveira analisa o instituto da multipropriedade como modalidade especial de condomínio instituído pela Lei nº 13.777/2018 que alterou o art. 1.358 do CC para incluir as alíneas a a u e apresenta o estudo do modelo multiproprietário Paúba-Canto Sul no município de São Sebastião, considerado o mais antigo do Brasil com mais de 60 anos de existência, comprovando a hipótese de que o parcelamento temporal multiproprietário reduz impactos ambientais, atende às funções econômicas e socioambientais, democratiza a aquisição da segunda moradia no Brasil, e ajuda a promover o desenvolvimento sustentável, sendo possível instituir o regime de multiproprietário nas unidades imobiliárias já existentes. Conclui que a multipropriedade é um paradigma racional para o uso de recursos socioambientais e viável sob o aspecto econômico.

O terceiro texto sob o título RECONHECIMENTO DE PERSONALIDADE JURÍDICA DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO AOS CONDOMÍNIOS EDILÍCIOS de Luciano Monti Favaro analisa o Projeto de Lei n. 3.461, de 2019, já aprovado no Senado Federal, que intenta atribuir personalidade jurídica aos condomínios edilícios, considerando-o como pessoa jurídica de direito privado. O artigo conclui que o projeto representa um avanço e pode resultar em solução de problemas enfrentados por esses condomínios, mas que, entretanto, poderá resultar novos debates jurídicos como, por exemplo, a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica em caso de abuso da personalidade pelo condomínio edilício.

Na sequência o artigo O PARADIGMA CLÁSSICO DO NEGÓCIO JURÍDICO REVISITADO PELO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO com autoria de Guilherme Augusto Giroto, Daniela Braga Paiano, Arthur Lustosa Strozzi parte de considerações sobre como o negócio jurídico e o contrato emergiram no período de dominância do liberalismo como uma forma de conferir segurança jurídica à transmissão de propriedade e à circulação de riquezas para apontar que ao se instalar Estados Democráticos de Direito, com constituições que colocam a pessoa como eixo central, foi necessária uma releitura das relações privadas. O artigo pretende, desta forma, verificar num primeiro momento os preceitos clássicos destes institutos, e, em seguida, traçar quais preceitos constitucionais podem ser aplicados, revisitando esses dois institutos (negócio jurídico e contrato) sob o paradigma civil-constitucional.

O artigo REPERCUSSÕES NA CAPACIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA de Lucas Fagundes Isolani e Andressa Kézia Martins busca examinar as mudanças na teoria das (in)capacidades em razão do Estatuto da Pessoa com Deficiência para discutir as repercussões quanto a capacidade das crianças e dos adolescentes a partir da obra cinematográfica Uma Lição de Amor. O artigo também analisa a “Competência Gillick” do ordenamento jurídico inglês, que estabelece critérios para determinar se a criança ou o adolescente possui discernimento para decidir os atos de sua vida civil, com a autonomia dos jovens no ordenamento jurídico brasileiro.

No mesmo tema, o artigo A (DES)NECESSIDADE DA REINTERPRETAÇÃO DA INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA PELO CRITÉRIO CRONOLÓGICO RÍGIDO de Larissa Lassance Grandidier propõe, por meio de pesquisa bibliográfica, que o melhor entendimento do dispositivo legal que restringe a capacidade civil de forma absoluta para crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos (art. 3º do CC) seja restringi-lo aos atos extrapatrimoniais para que seja preservada seus direitos da autonomia e liberdade nos atos personalíssimos.

Sobre autonomia privada, também discorreram Ana Clara da Silva Ortega e Galdino Luiz Ramos Junior no artigo O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS E A NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA: ANÁLISE DO CONTEXTO DA LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA ao examinarem o papel limitador do princípio ao conceito de autonomia e sobressalente à Lei de Liberdade Econômica.

As incitações trazidas pela tecnologia foram objetos de três artigos. Os autores Éfren Paulo Porfírio de Sá Lima e Alisson Santos Rocha em O REGIME DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS NO BRASIL analisaram o tema a partir de estudos sobre o direito à privacidade para afirmar que existe um regime jurídico específico de proteção de dados pessoais sensíveis em prevalência ao regime geral e que esse sistema está presente em outros ordenamentos na Europa e no Estados Unidos. Os autores Bruno Santos Lima, Sebastião Patrício Mendes da Costa e Deborah Dettmam Matos se debruçaram sobre OS NOVOS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NO MUNDO VIRTUAL E A HERANÇA DIGITAL realizando uma reflexão acerca da judicialização e da atuação do poder judiciário frente à suposta ausência de legislação específica para regulamentar as relações no ambiente virtual e suas consequências post mortem. Já Matheus Massaro Mabtum, José Ricardo Marcovecchio Leonardeli e Natália Peroni Leonardeli no artigo O METAVERSO E SEUS REFLEXOS JURÍDICOS analisam os desafios legais que envolvem esse ambiente virtual, ao qual por meio de avatares, os usuários interagem entre si e como essa interação pode impactar as pessoas fora do ambiente virtual deve ser objeto de regulação governamental.

O artigo O ENFRAQUECIMENTO DO ESTADO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO sob autoria de Horácio Monteschio, Luiz Gustavo do Amaral e Lucas Leonardi Priori realizou estudo sobre as mudanças trazidas pelo compliance e os acordos de leniência em práticas corruptivas nas atividades das empresas privadas e a participação do Estado frente a essas mudanças globais. Por fim, o artigo DIREITO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO SOCIAL-SOLIDARISTA: BREVES APONTAMENTOS de Jason Soares de Albergaria Neto e Luiz Henrique Murici se debruça sobre o debate entre o viés social e o viés econômico-liberal do direito no âmbito da constitucionalização do direito civil.

Excelente leitura!

Thais Janaina Wenczenovicz / Universidade Estadual do Rio Grande do Sul e PPGD UNOESC.

Iara Pereira Ribeiro / Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - Universidade de São Paulo - USP.

Cildo Giolo Junior / Universidade do Estado de Minas Gerais.

OS NOVOS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NO MUNDO VIRTUAL E A HERANÇA DIGITAL

THE NEW CHALLENGES OF JURISDICTION IN THE VIRTUAL WORLD AND DIGITAL HERITAGE

Bruno Santos Lima ¹
Sebastião Patrício Mendes da Costa ²
Deborah Dettmam Matos ³

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de realizar uma reflexão acerca da judicialização e da atuação do poder judiciário frente à suposta ausência de legislação específica para regulamentar as relações no ambiente virtual e suas consequências post mortem. A judicialização de situações referentes à herança digital vem ganhando repercussões no cenário jurídico brasileiro, e a falta de jurisprudência unificada gera insegurança jurídica, contribuindo para o surgimento de decisões contraditórias, casuísticas, ativistas ou mesmo contrárias ao texto legislado pelo processo político majoritário. Diante desse cenário, resta indagar se tribunais brasileiros devem: a) ter deferência à cultura jurídica consolidada, reconhecendo a existência de legislação adequada, ou b) postura pautada no ativismo judicial, como forma de apresentar soluções judiciais efetivas frente à suposta ausência de legislação específica. O estudo dá-se de forma exploratória e explicativa, com uma abordagem qualitativa. Para fundamentação teórica, foi utilizada a pesquisa bibliográfica por meio de sítios especializados e obras que tratam do tema. Constatou-se no presente estudo que o judiciário brasileiro, até que se tenha legislação específica sobre herança digital, deveria atuar com deferência ao processo político majoritário, realizar a autocontenção, como forma de evitar o deslocamento do poder das instâncias eleitas para o judiciário, bem como limitar o poder de atores privados de internet em suas relações com os usuários, no sentido de coibir cláusulas contratuais abusivas e de impor o cumprimento da legislação brasileira.

Palavras-chave: Judicialização, Poder judiciário, Herança digital, Segurança jurídica, Autocontenção judicial

¹ Docente efetivo do Instituto Federal do Piauí- IFPI. Mestrando em Direito pelo PPGD da Universidade Federal do Piauí. Graduado em direito pela UESPI. E-mail: brunos.lima@ifpi.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9305-7943>

² Professor de graduação e mestrado em Direito da UFPI. Pós-doutorado em Direito pela Universität Augsburg (Alemanha). Doutor em Direito pela PUCRS. Mestre em Direito e Estado pela UnB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2821-1235>

³ Professora Adjunta de graduação e do PPGD da UFPI. Graduação em Direito pela UnB. Mestrado em Direito pela UFPE e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8478-5495>

Abstract/Resumen/Résumé

ABSTRACT: The present work aims to carry out a reflection on the judicialization and the performance of the judiciary in the face of the supposed absence of specific legislation to regulate relations in the virtual environment and its post mortem consequences. The judicialization of situations related to digital inheritance has been gaining repercussions in the Brazilian legal scenario, and the lack of unified jurisprudence generates legal uncertainty, contributing to the emergence of contradictory, case-by-case, activist decisions or even contrary to the text legislated by the majority political process. Given this scenario, it remains to be asked whether Brazilian courts should: a) have deference to the consolidated legal culture, recognizing the existence of adequate legislation, or b) a posture based on judicial activism, as a way of presenting effective judicial solutions in the face of the supposed absence of specific legislation. The study takes place in an exploratory and explanatory way, with a qualitative approach. For theoretical foundation, bibliographical research was used through specialized sites and works that deal with the subject. It was found in the present study that the Brazilian judiciary, until there is specific legislation on digital inheritance, should act with deference to the majority political process, carry out self-restraint, as a way of avoiding the displacement of power from the elected instances to the judiciary, as well as how to limit the power of private internet actors in their relations with users, in order to curb abusive contractual clauses and enforce compliance with Brazilian legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicialization, Judicial power, Digital heritage, Legal security, Judicial self-restraint

1. INTRODUÇÃO

Quando os americanos afirmaram que a concentração dos poderes executivo, legislativo e judiciário na mesma pessoa ou em um corpo de pessoas, seria a definição de uma tirania, ao defender que a preservação da liberdade exigiria que os três grandes braços do poder do Estado fossem distintos, não tinham ideia da proporção que a autonomia e a independência do Poder Judiciário alcançariam.

A ideia era transformar o Poder Judiciário em um intermediário entre o povo e o Poder Legislativo, com a função de manter este dentro dos limites estabelecidos pela Constituição. Os juízes teriam o domínio da interpretação das leis e da Constituição, tornando-se o seu guardião e protetor dos direitos individuais.

Buscava-se conceder uma atribuição limitadora ao Judiciário frente aos demais poderes, introduzindo-o na discussão e decisão jurídico-política do Estado. O judiciário, até então considerado nulo, passaria a ter uma função de destaque no cenário político-legislativo, ainda não visto nas teorias anteriores.

Vivenciamos, então, um novo momento de atuação do Poder Judiciário. Observou-se um deslocamento da tomada de decisão sobre questões importantes das instâncias majoritárias para o poder judiciário, em especial sobre direitos fundamentais, políticas públicas, econômicas e sociais, no intuito de suprir omissões e de atender as demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo legislativo. Ao lado desses temas tradicionais, problemas relacionados ao avanço da tecnologia e dos meios digitais ganham espaço nas discussões travadas em processos judiciais nos tribunais do mundo inteiro, não sendo diferente no cenário brasileiro, a exemplo dos bens e heranças digitais.

A Constituição brasileira de 1988, assim como as várias Constituições pós-Segunda Guerra, apresentou uma transformação na atuação do judiciário, em especial dos tribunais constitucionais, tendo como escopo a implementação e a defesa dos direitos e garantias fundamentais, e como pano de fundo, a dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso III da Constituição brasileira de 1988.

Em um segundo momento, as transformações fizeram com que o Judiciário deixasse de ser um órgão técnico-especializado para se transformar em um poder capaz de efetivar a Constituição Federal e as leis que se harmonizassem com ela. A constitucionalização inseriu no texto Fundamental temas que antes eram apreciados, discutidos e positivados por meio de normas infraconstitucionais no processo político, levando a uma reinterpretação do direito infraconstitucional e seus institutos sob a ótica constitucional.

Como resultado, observamos que os direitos fundamentais, seja em que dimensão/geração se encontrem, entre eles os direitos da personalidade, inseridos na Carta Magna, transformam-se em temas passíveis de intervenção judicial para sua concretização, substituindo a vontade do legislador em algumas situações.

Nos dias atuais, cada vez mais, as pessoas buscam os espaços virtuais para se relacionarem, manterem relações pessoais, de consumo, negociais etc., gerando direitos e obrigações recíprocos, até mesmo envolvendo terceiros, o que exige proteção do sistema jurídico brasileiro.

Antes um espaço utilizado para atividades comerciais, a internet e suas plataformas digitais passaram a ser ambientes de realização e projeção pessoal, em que pessoas adquirirem bens corpóreos e incorpóreos, também chamados de bens digitais, e utilizam suas imagens de forma econômica, construindo imagens que rendem valores e fonte de renda que se estendem para além da vida.

Esse cenário foi intensificado devido à pandemia da Covid-19, posto que as pessoas precisaram ficar reclusas em suas casas para exercer direitos básicos, como os estudos, a aquisição de alimentos, o atendimento médico e, principalmente, o trabalho, pois ao perderem seus postos de trabalhos e renda, tiveram que exercer atividades profissionais antes presenciais no ambiente virtual, ou mesmo lançarem-se como influenciadores ou empreendedores digitais. Passaram a se relacionarem de forma remota (online), por meio da rede mundial de computadores.

Uma das questões debatidas na atualidade é a disponibilidade de todo esse acervo patrimonial – renda, monetização, arquivos e acervo digitais – *post mortem*, convencionalmente chamado de herança digital. Com isso, o direito fundamental à herança e a transmissibilidade desse acervo tornam-se temas importantes no cenário jurídico contemporâneo, tendo em vista os valores morais e financeiros, princípios e direitos envolvidos.

Parte da doutrina entende que as relações jurídicas travadas nos espaços virtuais, inclusive a transmissibilidade da herança dos bens ali adquiridos, estariam reguladas pelas leis já existente, numa adaptação da legislação vigente, enquanto outra parcela entende pela necessidade de criação de novas leis para regulamentar essa nova forma de relacionamento.

Diante de tal situação, é imperioso questionarmos 02 situações: (a) as demandas judiciais relacionadas aos cyberespaços, como a herança digital, devem ser decididas em conformidade com a legislação tradicional já existente, já positivada, tendo o poder judiciário deferência ao trabalho do legislador, às instâncias eleitas; Ou (b) haveria necessidade de institutos jurídicos novos, por meio da edição de uma nova legislação, devendo o judiciário, até

que elas sejam implementadas, atuar de forma mais ativista, preenchendo lacunas legislativas em nome da proteção e garantia dos direitos fundamentais.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, observaremos a ascensão do Poder Judiciário, com a “judicialização da vida”, bem como o *case report*, em que o Tribunal alemão julgou sobre a transmissibilidade da herança digital aos herdeiros dos usuários das redes sociais, decidindo que, no silêncio do titular, incidiria a regra geral vigente no ordenamento jurídico alemão, em clara deferência aos poderes eleitos.

Metodologicamente, o estudo se dará de forma exploratória e explicativa, com uma abordagem qualitativa. Para a fundamentação teórica, foi utilizada a pesquisa bibliográfica por meio de sítios especializados e obras que tratam acerca do tema.

2. DA ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Quando se pensa em regulação da vida em sociedade, da regulamentação das relações sociais, bem como dos direitos e obrigações que surgem dela, logo se imagina que estamos tratando da atuação dos poderes eleitos, Executivo e Legislativo, que, como poderes representativos, teriam a função de organizar a convivência social.

De fato, as revoluções burguesas do século XVIII marcaram o fim do estado absolutista, estabelecendo um novo paradigma, o da participação do povo nas decisões fundamentais do Estado. A questão a ser discutida naquele momento seria como se daria a participação do povo, se diretamente, nos termos defendidos por Rousseau (2019, p. 42-50), ou se por meio de representantes eleitos, como defendido pelos americanos (HAMILTON; MADISON e JAY, nº 10, 1993, p. 137).

Diferentemente do pensamento de Rousseau, Madison (1993, p. 137) desconfiava que os representantes poderiam se deixar levar pelas ideias facciosas, pela corrupção ou interesses privados e, uma vez sendo eleitos pelo sufrágio, trairiam os interesses do povo. Por sua vez, Hamilton (1993, nº 78, p. 479) defendeu o poder judiciário ao afirmar que ele traria um menor perigo aos direitos políticos, por estar menos tendente a infringir ou violar os direitos inscritos na Constituição.

A independência e confiança depositadas no Poder Judiciário, concedidas pelos federalistas (1993, nº 78, p. 479), o renderam a atribuição de declarar a nulidade dos atos legislativos contrários à Constituição, tornando-os inválidos. Destaca-se a posição concedida ao Judiciário por Hamilton (1993, nº 78, p. 481), considerando-o como um intermediário entre o povo e o Poder Legislativo, com a função de manter o corpo de legisladores dentro dos limites

impostos pela Constituição. Foi-lhe concedido, ainda, o domínio da interpretação das leis à luz da Constituição. Seria, portanto, o guardião da Constituição e dos direitos individuais.

O roteiro foi seguido nas Constituições brasileiras, com a introdução do controle difuso e concentrado de constitucionalidade respectivamente pelas Constituições de 1891 e 1946, esta última de competência originária do Supremo Tribunal Federal – STF. Da mesma forma que o Judiciário americano, o brasileiro passou a ter a função de declarar a nulidade de atos produzidos pelos poderes eleitos que fossem contrários à Constituição.

Assim, desta feita, o STF “tem, como função principal, o exercício da jurisdição constitucional, que se traduz na interpretação e aplicação da Constituição, tanto em ações diretas como em processos subjetivos” (BARROSO, 2015, p. 35-36). Na visão de Barroso (2015, p. 36), o desempenho da jurisdição constitucional, não só do Supremo Tribunal Federal, mas de outras cortes constitucionais em outros países, num olhar político-institucional, garantiria dois tipos de atuação do judiciário: a) contramajoritário e b) representativo.

A função contramajoritária já foi amplamente discutida pela doutrina constitucional. Segundo Barroso, a

legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem sido assentada com base em dois fundamentos principais: a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos (BARROSO, 2015, p. 36).

A função contramajoritária se coaduna com a ideia de Estado Constitucional de Direito, implementado após a Segunda Guerra Mundial, com foco na obediência da lei à Constituição, como documento supremo do Estado e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988. O princípio acima mencionado trouxe consigo um novo paradigma ao direito constitucional, o da aplicação dos princípios e da ponderação quando da colisão entre eles – ao lado da subsunção da concepção positivista e da argumentação. Estamos diante do neoconstitucionalismo que, segundo Barroso (2015, p. 28), transformou o Estado e o direito constitucional.

No entanto, observamos que, nos últimos anos, o Poder Judiciário tem sido acionado para resolver questões controvertidas no campo dos direitos fundamentais, sociais, econômicos ou políticos etc., preenchendo lacunas ou omissões legislativas. Tal situação tem apontado os holofotes às movimentações do Judiciário brasileiro, em especial para a Corte constitucional.

Percebe-se que, diante da conjuntura apresentada pelo neoconstitucionalismo, aliada à nova configuração das Constituições nos pós 2º Guerra, as democracias já não contam apenas

com os poderes eleitos no debate político-legislativo, contando com novos atores¹ no processo de concretização dos direitos previstos na Constituição. Um deles é o Poder Judiciário que, com o passar do tempo, passou a desenvolver funções políticas e legislativas, com a criação do direito em determinados momentos. Nesse contexto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, defendeu que Cortes constitucionais, em especial a brasileira, desempenham atualmente um papel representativo e que “em certos contextos, sejam melhor intérprete do sentimento majoritário [...], pela qual atendem a demandas sociais relevantes que não foram satisfeitas pelo processo político majoritário” (BARROSO, 2015, p. 40 e 46).

Para Rosanvallon (2011, p. 145), “os tribunais constitucionais ajudam, assim, a ampliar e aprofundar o sistema representativo. Eles desempenham um papel positivo na estruturação da democracia. A criação de novos modos de representação é a chave para uma expressão mais fiel da vontade geral”.

Diferentemente de Barroso (2017, p. 7), que, entre outros motivos, atrela a expansão da atuação do Judiciário e a judicialização da política à crise de representatividade e funcionalidade do Poder Legislativo, Hirschl (2006, p. 164-165) entende que haveria uma espécie de deferência política ao judiciário, ocasionando a judicialização do que ele chama de “megapolítica” - controvérsias políticas centrais, como processos eleitorais, supervisão judicial de prerrogativas dos poderes executivo e legislativo, entre outras coisas.

Afirma Ran Hirschl:

Em síntese, seja por meio da jurisprudência centrada em direitos fundamentais, seja por meio da revisão judicial de atos administrativos, na maioria das democracias constitucionais de hoje a judicialização da elaboração de políticas públicas se aproxima de um verdadeiro “governo com juízes” (HIRSCHL, 2006, p. 165).

Para Hirschl (2012, p. 28-29), o expansionismo judicial foi gradual, tendo iniciado aparentemente dotado de legitimidade, baseado na defesa da igualdade, da liberdade e do devido processo legal, em especial na defesa de direitos das minorias.

A trajetória de ascensão do Poder Judiciário se coloca diante de um novo cenário, o das relações travadas no mundo digital. Novos conceitos e direitos surgem com esse novo modo de se relacionar das pessoas, como bens digitais, herança digital, além das consequências jurídicas deles decorrentes, como a violação de direitos fundamentais no mundo virtual.

O Judiciário vem sendo provocado cada vez mais a decidir questões relacionadas a esses temas, tendo em vista o volume de relações virtuais observadas no dia a dia. Já é possível

¹ ROSANVALLON, Pierre. **Democratic legitimacy: impartiality, reflexivity, proximity**. translated by Arthur Goldhammer, 2011. O poder judiciário teria legitimidade democrática – legitimidade reflexiva para atuar.

observar decisões conflitantes proferidas pelos tribunais brasileiros em relação à transmissibilidade do acervo adquirido pelo *de cujus* enquanto vivo, a herança digital. Tal conflito se dá, inclusive, em razão da divergência doutrinária quanto à possibilidade ou não da transmissibilidade e, em caso positivo, em qual extensão se dá a transferência aos herdeiros.

Algumas decisões judiciais, analisadas adiante, apontam para uma provável lacuna legislativa quanto à transmissibilidade da herança digital, abrindo espaço para decisões casuísticas, em harmonia com o tom expansionista do poder judiciário, com o intuito de proteger e impedir a violação de direitos fundamentais. No entanto, seria possível afirmar que, segundo Costa e Veloso (2022, p. 38), a legislação brasileira garante a transmissibilidade e a efetividade do direito de herança digital.

3. OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NA ERA DIGITAL

Observamos, atualmente, um terceiro momento de atuação do Poder Judiciário: a atuação na era digital. Problemas relacionados ao avanço da tecnologia e do meio digital ganham espaço nas discussões travadas em processos judiciais nos tribunais do mundo inteiro, não sendo diferente no cenário brasileiro.

As pessoas cada vez mais rompem os espaços físicos tradicionais com a utilização dos meios digitais e espaços virtuais para se relacionarem, manterem relações pessoais, de consumo, negociais etc., gerando direitos e obrigações recíprocos, até mesmo envolvendo terceiros.

Para Mendes e Fernandes (2020, p. 6), [...] “a internet claramente amplia as possibilidades de realização de garantias individuais. Em diversos cenários, o seu uso torna-se de certo modo, condição necessária para a realização de direitos básicos”. Esse cenário se intensificou com a pandemia da Covid-19, posto que as pessoas precisaram ficar reclusas em suas casas para exercer direitos básicos como o trabalho, os estudos, a aquisição de alimentos e até mesmo atendimento médico, ou seja, se relacionando de forma remota (online), por meio da rede mundial de computadores.

As ciências sociais travam um debate acerca desse novo espaço de interação e vivência social, intensificada, como vimos, com a pandemia da Covid-19. Com o direito, não seria diferente. Essa nova forma de viver exige cada vez mais a proteção do sistema jurídico brasileiro.

Diante deste cenário, Zampier (2021, p. 1-2) afirma que é necessário observar se a ciência jurídica já consegue trabalhar com os novos conceitos que vão surgindo, como bens

digitais ou personalidade virtual, lesões a direitos digitais, bem como situações novas, a exemplo da titularidade de ativos digitais, declarações de vontades virtuais no âmbito das relações privadas ou mesmo da transmissibilidade da herança digital.

Para Karina Nunes Fritz (2019), a transformação digital impõe novos desafios para o Direito, tendo em vista que algumas situações pouco vivenciadas e reguladas legislativamente são impostas à doutrina e à jurisprudência.

Importante advertência é realizada por Mendes e Fernandes (2020, p. 7), ao afirmarem que, paralelamente à possibilidade de proporcionar a concretização e a realização de direitos fundamentais, igualmente podem apresentar novos riscos de violação desses direitos, pois o exercício da liberdade de expressão e de opinião e as manifestações públicas nas redes sociais podem desencadear abusos, como a disseminação de discursos de ódio, pornografia infantil, *cyberbullying*, além de notícias falsas sobre os mais variados temas, inclusive sobre pessoas.

Conforme os autores citados acima:

[...] considerando que os espaços digitais em geral são controlados por agentes econômicos dotados de alta capacidade de coleta, armazenamento e processamento de dados pessoais a intensificação do fluxo comunicacional na internet aumenta as possibilidades de violação de direitos de personalidade e de privacidade. Mesmo direitos fundamentais de igualdade e isonomia são colocados em risco pelo uso de algoritmos e de ferramentas de data *analytics*, que, promovendo a classificação e estereotipação discriminatória de grupos sociais, são utilizados por empresas e governos automatizem processos de tomadas de decisões estratégicas para a vida social, como a alocação de oportunidades de acesso a emprego, negócios e outros bens sociais (MENDES; FERNANDES, 2020, p. 7).

É diante dessas situações que se avolumam no cotidiano, que a ciência do direito, seja o direito civil, seja o direito constitucional, deve dar uma resposta à sociedade, ao buscar o reequilíbrio social no espaço digital por meio de reconhecimento de direitos no âmbito virtual, pela edição de normas legislativas ou pela adaptação da legislação já existente.

Entre os direitos na esfera virtual estudados pela doutrina estrangeira e brasileira está a herança digital que, segundo Mendes e Fritz (2019, p. 526), seria composto pelo acervo de bens adquiridos de forma digital, em como os direitos e obrigações oriundos dos serviços digitais utilizados pelo *de cuius*.

A reflexão, portanto, segundo Mendes e Fernandes (2020, p. 8), deve ser realizada sobre a possibilidade do surgimento de normas, como uma reação normativa-parlamentar, para limitar os poderes na rede, para estabelecer novos direitos fundamentais na internet, aptos a limitar a capacidade de violação dos direitos fundamentais, estabelecendo novas formas de controle social ou se a defesa desses direitos se dará por meio de interpretações e decisões judiciais.

Assim, como destacam Mendes e Fernandes (2020, p. 9), é necessário observar o tratamento a ser dado pelos tribunais diante do cenário brasileiro: a) uma deferência à cultura jurídica consolidada, reconhecendo a existência de legislação adequada, como forma de evitar soluções interpretativas inteiramente novas na solução dos conflitos oriundos das relações virtuais, ou b) postura pautada no ativismo judicial, como forma de apresentar soluções judiciais efetivas frente à suposta ausência de legislação específica para o estado regular as relações privadas.

Para tanto, utilizaremos como paradigma a possibilidade da existência e transmissibilidade de uma herança digital aos herdeiros após o falecimento do usuário das redes sociais, reconhecendo o direito sucessório insculpido na legislação cível brasileira.

4. A TRANSMISSIBILIDADE DA HERANÇA DIGITAL: O CASE REPORT² PERANTE A CORTE ALEMÃ E AS DECISÕES BRASILEIRAS

Como já afirmado acima, as inovações tecnológicas, o amplo acesso à internet, a utilização em massa das comunicações e interações digitais, trouxeram grandes transformações sociais, econômicas e culturais nas sociedades contemporâneas, especialmente com o advento da pandemia do Covid-19. Tais transformações tiveram repercussões diretas no direito, em especial para o Direito Privado. “Como não poderia ser diferente, o Direito das Sucessões não escapa dessa influência” (TARTUCE, 2019, p 80).

Mendes e Fritz entendem que

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 da sucessão universal incluir também bens digitais, assim como direitos e obrigações derivados dos serviços digitais utilizados pela pessoa falecida (MENDES; FRITZ, 2019, p. 526).

A Herança Digital, afirma Jones Figueiredo Alves (2021, p.2), “desafia a futurização do direito sucessório, suscitando questionamentos, a partir de sua conceitualização, resumida na doutrina como o acervo resultante de todo o conteúdo criado e armazenado em rede pela pessoa do morto”.

No entanto, antes de adentrarmos no conceito de herança digital, precisamos contextualizar a discussão, bem como situá-la no campo do direito civil, conceituando os institutos e identificando sua localização no Código Civil Brasileiro.

²MENDES, Laura Schertel; FRITZ, Karina. **Case report:** Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. As autoras tratam do tema herança digital por meio da decisão do Tribunal Constitucional alemão.

4.1. O caso no Tribunal Constitucional alemão e nos tribunais brasileiros

O tema herança digital ganhou repercussão internacionalmente por meio do *leading case* de uma garota que residia em Berlim, Alemanha, cuja decisão final foi proferida pelo Tribunal Constitucional alemão, *Bundesgerichtshof* (BGH), em Karlsruhe, determinando que a plataforma Facebook liberasse o acesso à conta da falecida aos pais.

Após ter pedido de acesso às contas da filha falecida concedido pelo juízo de primeiro grau, a mãe da garota viu a decisão favorável ser reformada em segundo grau e posteriormente restaurada por decisão do Tribunal Constitucional.

Inconformada com a postura da plataforma Facebook, que lhe entregara apenas um pendrive contendo um arquivo com “mais de 14 mil páginas de conversas, fotos, nomes de emissores e receptores, datas, horários e outros dados referentes à conta da menina” (FRITZ, 2019, p.1), com parte das informações em alemão e parte em inglês – idioma oficial da plataforma –, a mãe recorreu ao juízo de primeiro grau para determinar a liberação do perfil e não apenas a entrega dos arquivos digitais.

O Tribunal de apelação em Berlim entendeu que a decisão havia sido cumprida com a simples entrega dos arquivos, fato que caracterizou o acesso ao acervo digital da filha falecida. Para o Tribunal, por mais que tenha mencionado na decisão “acesso à conta, o objeto da lide – disse o KG Berlim – girava em torno do acesso ao conteúdo da conta, vale dizer, às informações lá arquivadas, sem que o Facebook fosse obrigado a dar conhecimento desses dados por algum meio específico” (FRITZ, 2019, p. 01).

Para o Tribunal Constitucional alemão, “o acesso pleno ao perfil compreende a possibilidade de os pais tomarem conhecimento da conta e do seu conteúdo da mesma forma que a usuária falecida, isto é, através da plataforma de comunicação e não por meio de arquivo em PDF” (FRITZ, 2019, p.01). Depreende-se do entendimento do Tribunal que os pais teriam a prerrogativa de escolher entrar na conta de usuário da filha falecida, com a senha e login de usuário, para navegar e verificar as informações como se a filha fossem.

A decisão do *Bundesgerichtshof* (BGH) teve como fundamento o princípio da sucessão universal (*Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge*) prevista no §1922 do Código Civil alemão (BGB), pois seu entendimento é o de que “a relação contratual (contrato de uso da plataforma digital) existente entre a usuária falecida e o Facebook transmite-se, no momento da morte, aos herdeiros com todos os seus direitos e obrigações” (FRITZ, 2019, p. 02), salvo disposição em contrário do autor da herança, reconhecendo, portanto a existência da herança digital.

Em sua decisão, o Tribunal constitucional alemão entendeu que a legislação existente seria suficiente para atender ao novo tipo de herança que surge, nesse cenário de intensa comunicação e relacionamento virtual da sociedade contemporânea, tendo deferência à produção do processo legislativo majoritário, realizando a autocontenção quanto ao ativismo judicial em decorrência de uma suposta lacuna legal.

No Brasil, o Tribunal de Justiça de São Paulo teve entendimento diferente do BGH, ao conceder a apropriação pelo Facebook da conta de usuária, em detrimento dos herdeiros, na apelação 1119688-66.2019.8.26.0100, julgada em 9/3/2021 pela 31ª. Câmara de Direito Privado.

Ao perceber a movimentação e utilização da conta de usuário pela mãe, após a morte de sua filha, titular da conta na plataforma, o Facebook entendeu por excluir a conta sem qualquer justificativa prévia aos herdeiros, impedindo-os de acessar a plataforma.

Insatisfeita, a mãe recorreu ao judiciário para continuar o acesso e movimentação da conta da filha falecida, sendo-lhe negado o acesso pelo TJ-SP. A decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo se baseou no entendimento de que o Facebook teria agido no exercício regular de direito, pois ao criar a conta na plataforma o usuário tem a opção de apenas aderir aos Termos de Serviço e Padrões da Comunidade, que lhe concede uma conta pessoal e intransferível, não permitindo o compartilhamento com terceiros. Em outras palavras, um contrato de adesão.

Assim, Karina Fritz afirma que

sem enfrentar nenhum dos argumentos contrários à tese da intransmissibilidade da herança digital, a Corte simplesmente tomou por certa e unânime a frágil distinção entre conteúdo patrimonial (dotado de valor econômico) e conteúdo existencial (não definido no acórdão), concluindo, em seguida, que a conta do Facebook – detalhe: objeto de contrato atípico de adesão de uso de plataforma digital – teria caráter existencial e seria intransmissível (FRITZ, 2019, p. 03).

O Tribunal paulista entendeu que bens existenciais ou ligados à privacidade do falecido, portanto personalíssimos, seriam intransmissíveis, salvo disposição em contrário do *de cuius*, por possibilidade, em caso de transmissão, violar direito do falecido ou de terceiros.

Em Minas Gérias, o Tribunal de Justiça estadual negou pedido de acesso aos dados arquivados em conta virtual de filha falecida à genitora - Processo nº 002337592.2017.8.13.0520, após sentença denegatória em primeira instância. Na ocasião, o TJ-MG entendeu que o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, garantido pela Constituição Federal, seria extensível aos dados armazenados em plataforma digital, posição semelhante àquela do tribunal paulista, diferindo parcialmente quanto à fundamentação.

Já no Mato Grosso do Sul, a mãe da falecida teve pedido deferido, nos autos do Processo nº 0001007-27.2013.8.12.0110, Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. O pedido não teria sido para acesso às contas e informações digitais da filha já falecida, mas para ter o direito de decidir sobre a permanência da conta filha no Facebook. No caso, a mãe desejava excluir da plataforma Facebook o perfil da filha falecida, tendo em vista que os amigos continuavam a postar mensagens em seu perfil, mesmo após o falecimento, posicionamento divergente dos tribunais estaduais de São Paulo e Minas Gerais.

4.2. A discussão doutrinária brasileira

Para Maria Helena Diniz, herança seria “o patrimônio do falecido, isto é, o conjunto de direitos e deveres que se transmite aos herdeiros legítimos ou testamentários, exceto se forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do de cujus” (DINIZ, 2012, p.77).

Tartuce afirma que a

herança pode ser conceituada como o conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do *de cujus*” [...] conceituação clássica de Itabaiana de Oliveira: “herança é o patrimônio do de cujus, o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros (TARTUCE, 2019, p. 71-72).

Como visto nos conceitos acima mencionados, a herança se traduz num conjunto de bens, estabelecidos no Código Civil brasileiro, em seu Livro II, título único da parte geral, classificados em bens imóveis, móveis, fungíveis e consumíveis, divisíveis, singulares e coletivos, reciprocamente considerados, públicos.

Uma vez estabelecido o conceito de herança, cumpre estudar o conceito de herança digital. Depreende-se das lições de Mendes e Fritiz (2019, p. 526) que a herança digital seria constituída de bens digitais, bem como os direitos e obrigações derivados dos serviços digitais usufruídos pelo *de cujus*.

Por bens digitais, Zampier (2021, p. 63-64) entende que são “aqueles bens incorpóreos, os quais são progressivamente inseridos na internet por um usuário, constituindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico”. Assim, entende-se que, diferentemente dos bens físicos e materiais, podem ser considerados bens digitais aquilo que possa gerar utilidade ao proprietário independentemente de possuir ou não forma física.

A doutrina brasileira, segundo Costa e Veloso (2022, p. 30-32), possui três correntes quanto à transmissibilidade da herança digital. Na primeira corrente, majoritária, os bens

personalíssimos, representativos da privacidade do *de cuius*, são intransmissíveis, salvo disposição de última vontade, sob o argumento de que a transferência de bens personalíssimos teria o condão de violar a privacidade do falecido, bem como de terceiros - entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, processo 119688-66.2019.8.26.0100.1. O TJ-SP entendeu que haveria dois tipos de bens digitais: aqueles de cunho personalíssimo, que seriam extintos com a morte do titular, não compondo o acervo hereditário; e os de caráter patrimonial, transmissíveis *post mortem*. Nesse sentido,

não há transmissão *post mortem* dos direitos da personalidade no direito brasileiro, e sim a tutela de um centro de interesses relacionado à personalidade, considerada valor, que pode se operar até mesmo em face de uma violação perpetrada pelos familiares do *de cuius*. Vale dizer: os dados pessoais dos usuários falecidos não são transferidos aos herdeiros, na medida em que se referem a aspecto existencial do *de cuius* (LEAL, 2018, p. 194).

A segunda corrente entende possível a transmissibilidade universal de todo o patrimônio digital de forma automática, assim como acontece com a transmissibilidade dos bens em geral, prevista no Código Civil pátrio, salvo disposição de última vontade do *de cuius*. Adepta dessa corrente, Karina Fritz (2021, p. 01) defende seu posicionamento a partir do caso decidido pelo Tribunal Constitucional alemão, segundo o qual, não havendo disposição de última vontade do falecido, titular dos bens digitais, deve incidir a regra prevista no Código Civil alemão.

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 (FRITZ, 2021, p. 04).

A decisão do Tribunal Constitucional alemão, de conceder acesso a todo acervo digital pelos herdeiros, além de

não ofender 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 (SCHERTEL e FRITZ, 2019, p. 541).

Para ilustrar a existência de norma legal apropriada que regulamenta a transmissão da herança digital, Schertel e Fritz afirmam que

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 excluídas (SCHERTEL e FRITZ, 2019, p. 543).

Por fim, temos a terceira corrente na doutrina brasileira, que “defende a impossibilidade de transmissão do conteúdo digital de qualquer natureza, por serem contratos personalíssimos e intransferíveis” (COSTA E VELOSO, 2022, p. 32).

Nesse sentido, Leal (2018, p. 191) afirma que “o problema inicial que se deve tratar é justamente essa diferenciação, na medida em que o tratamento estritamente patrimonial será insuficiente para solucionar todos os problemas que decorrem da morte do usuário”.

Para Fritz (2021, p. 07), a intransmissibilidade da herança digital e de parte dela aos herdeiros, ou mesmo devido cláusula contratual estabelecida entre o usuário e a plataforma digital, as tornaria herdeiras do maior patrimônio digital da humanidade.

Em caso da intransmissibilidade ou da transmissibilidade parcial da herança digital em decorrência de cláusula contratual, “um terceiro seria o legítimo sucessor e o responsável por fazer a divisão entre os conteúdos de natureza patrimonial e pessoal do falecido para a transmissibilidade” (COSTA E VELOSO 2022, p. 33).

Dessa forma, em detrimento da legislação vigente, os agentes privados de internet se colocam no lugar do Estado para mediar conflitos entre direitos fundamentais - direito de privacidade e intimidade x direito de herança, bem como estabelecer regulamentos por meio dos termos de uso e privacidade dos serviços digitais. Ao agirem dessa forma, os agentes privados de internet

Além de estabelecer as regras do jogo no tratamento de dados e de conteúdos dos usuários, os intermediadores também assumem a função de resolver conflitos entre os participantes da rede ou entre esses e a própria plataforma. Ao fazer cumprir os regulamentos e termos de uso pactuados, as empresas se engajam em uma verdadeira função adjudicatória de direitos (MENDES; FERNANDES, 2020, p. 15).

Olhando para a legislação brasileira, observa-se que, ao longo dos anos, houve várias tentativas de regulamentar a transmissão da herança digital, em detrimento do art. 1784, do Código Civil de 2022. Entre as tentativas legislativas, podemos citar: o projeto de lei nº 6.468/2019 que propõe acrescentar um parágrafo único ao artigo 1.788 do Código Civil, para determinar a transmissão absoluta de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais do autor da herança (BRASIL, 2019); o projeto de lei 1.144 de 30 de março de 2021 que dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário (BRASIL, 2021), e projeto de lei nº 1689 de 04 de maio de 2021, que propõe alterar a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas, contas, publicações e os dados pessoais da pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos (BRASIL, 2021).

No entanto, Costa e Veloso (2022, p. 36) e Fritz (2021, p 5), quanto à alegação apresentada por parte da doutrina no Brasil, de que inexistente lei expressa a respeito da herança digital, apesar da dicção do artigo 1784 do Código Civil pátrio – “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002) –, entendem que o dispositivo legal codificado é perfeitamente aplicável ao caso, pois assim como a lei alemã não faz distinção entre herança patrimonial e herança existencial, a legislação cível brasileira também não apresenta tal classificação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme se pode observar do *Case Report*, tratado por Schertel e Fritz (2019), ao proferir decisão a favor dos pais da adolescente falecida, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que, em respeito à autonomia privada e à autodeterminação, o poder de decidir sobre o destino da herança digital pertence ao seu titular.

Porém, se o titular não o faz em vida, não indicando quem terá acesso ao acervo digital, inclusive de o caráter confidencial, vale a regra geral vigente no ordenamento jurídico que confere aos herdeiros o poder de tomar essa decisão.

A conclusão a que se chega é de que o Tribunal Constitucional alemão foi deferente à cultura jurídica consolidada, reconhecendo a existência de legislação adequada, apta a resolver o caso discutido e a evitar soluções interpretativas inteiramente nova na solução do conflito oriundo das relações virtuais postas. Tal postura do tribunal limita a atuação pautada no ativismo judicial, como forma de apresentar soluções judiciais frente à suposta ausência de legislação específica para o estado regular as relações privadas.

No Brasil, apesar da clara dicção do art. 1.784 e demais dispositivos do Código Civil de 2002, costuma-se mencionar a falta de lei expressa a respeito da herança digital. No entanto, o que inexistente, de fato, é jurisprudência consolidada sobre o tema. Existem ainda poucas decisões proferidas pelo judiciário brasileiro, isoladas e controvertidas, em regra favoráveis ao discurso da proteção da privacidade e de dados pessoais estipulados por cláusulas contratuais celebradas entre os usuários e plataformas digitais, por se tratar de relações jurídicas existências vinculadas à personalidade do *de cuius*.

O acervo digital, diante da atuação do judiciário brasileiro, mediante a inobservância da legislação cível, tem o destino estabelecido pelas plataformas digitais em que estão armazenados, por meio dos contratos de adesão e cláusulas contratuais abusivas que, em regra, estabelecem a intransmissibilidade do patrimônio. As empresas exploradoras de serviços

digitais desenvolvem suas próprias regras, substituindo o legislador em seu papel regulamentador; e os tribunais, ao decidir se o patrimônio será transferido aos herdeiros ou não, e se transferidos, em que montante.

Tal situação causa insegurança jurídica, estando a herança digital à mercê da regulamentação realizada por agentes privados digitais ou por decisões casuísticas ou ativistas do judiciário brasileiro, inovando no ordenamento jurídico, em desacordo com a norma estabelecida pelo Código Civil pátrio.

Assim, até que se tenha uma legislação específica sobre herança digital, por suposta inadequação dos institutos jurídicos já existentes, deveria o judiciário brasileiro a) atuar com deferência ao poder político majoritário, observando a legislação cível quanto à transmissibilidade da herança; b) realizar a autocontenção, como forma de evitar o deslocamento do poder das instâncias eleitas para o judiciário por meio de decisões ativistas, pautadas apenas em princípios, por vezes contraditórias; c) deveria, ainda, limitar o poder de atores privados de internet em suas relações com os usuários, no sentido de coibir cláusulas contratuais abusivas, bem como na imposição de cumprimento da legislação vigente, responsabilizando-os em caso de descumprimento.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. **A herança digital como instituto de Direito Sucessório e a doutrina zenista**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-03/heranca-digital-instituto-direito-sucessorio-doutrina-zenista>. Acesso 24 nov. 2022.

BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Temas de direito constitucional**, tomo IV, 2009, no prelo.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Vol. 5, número especial, 2015.

_____. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito e Práxis**. V. 9, n 4, 2018. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 24 de nov. de 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 6468, de 17 de dezembro de 2019**. Propõe Altera o art. 1.788 da Lei n.º10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239>. Acesso em 24 nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.144 de 30 de março de 2021**. Dispõe sobre os dados pessoais inseridos na internet após a morte do usuário. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2275941>. Acesso em 25 de nov. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1689 de 04 de maio de 2021**. Propõe Altera a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para dispor sobre perfis, páginas contas, publicações e os dados pessoais de pessoa falecida, incluindo seu tratamento por testamentos e codicilos. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2280308>. Acesso em 25 nov. 2022.

COSTA, Sebastião Patrício Mendes; VELOSO, Maria Claudia Almendra Freitas. Direito fundamental à herança, tecnologia e a garantia dos direitos da personalidade pós morte. **Revista Direito, Inovação e Regulações** - Centro Universitário de Cascavel (UNIVEL). Cascavel. Mai. 2022; V. 1 (2): 24-39.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1. Teoria Geral do Direito Civil. 29ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

FRITZ, Karina Nunes. **Herança digital**: Corte alemã e TJ/SP caminham em direções opostas. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/amp/coluna/germanreport/345287/heranca-digital-corte-alema-e-tj-sp-caminham-em-direcoes-opostas>. Acesso em: 24 nov. 2022.

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

MENDES, Laura Schertel; FRITZ, Karina. Case report: Corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. **Revista de Direito da Responsabilidade**, ano 1, 2019. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/case-report-corte-alema-reconhece-a-transmissibilidade-da-heranca-digital-karina-nunes-fritz-e-laura-schertel-mendes>. Acesso em: 26 out. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira, FERNANDES, Victor Oliveira. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. **Revista de Brasileira de Direito**. Passo Fundo, vol. 16, n. 1, p. 1-33, janeiro-abril, 2020. Disponível em <https://seer.atitus.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4103>. Acesso em 24 nov. 2022.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Os artigos federalistas, 1787 – 1788. Alexander Hamilton, James Madison, John Jay. Apresentação Isaac Kramnick; Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

ROSANVALLON, Pierre. **Democratic legitimacy:** impartiality, reflexivity, proximity. translated by Arthur Goldhammer, 2011

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social.** Trad. Paulo Neves. Porto Alegre-RS: L&PM, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito:** fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível n. 1119688-66.2019.8.26.0100.** Rel. Des. Francisco Casconi, j. 9.3.2021. p. 80. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1179516485/apelacaocivel-ac-11196886620198260100-sp-1119688-6620198260100>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais:** cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. São Paulo: Foco, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil:** direito das sucessões – v. 6 / Flávio Tartuce. – 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.