

DOI: 10.33242/rbdc.2021.02.010

DANOS MORAIS POR EXCLUSÃO DE PERFIL DE PESSOA FALECIDA? COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO PROFERIDO NA APELAÇÃO CÍVEL Nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP)

MORAL DAMAGES BY EXCLUDING DECEASED PERSON PROFILE? COMMENTS TO THE JUDGMENT DELIVERED IN CIVIL APPEAL Nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP)

Cíntia Burille

Mestranda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS).
Especialista em Direito de Família e Sucessões pela FMP/RS.
Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UniRitter. Advogada.

Gabriel Honorato

Mestre em Direito pela UFPB. Pós-Graduado em Direito Civil pela ESA/PB.
Advogado. Professor. Diretor tesoureiro do IBDFAM/PB. Membro da Comissão Nacional de Direito de Família e Sucessões do CFOAB.

Livia Teixeira Leal

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela UERJ. Pós-Graduada pela Emerj. Professora da PUC-Rio, da Emerj e da Esaj. Assessora no TJRJ. Autora do livro *Internet e morte do usuário: propostas para o tratamento jurídico post mortem do conteúdo inserido na rede*, publicado pela Editora GZ.

Resumo: Trata-se de análise à decisão proferida nos autos do Processo Judicial nº 1119688-66.2019.8.26.0100, que tramitou perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, e no qual se discutiu a respeito da (in)existência de ato ilícito na conduta do Facebook que excluiu o perfil de usuária falecida, negando acesso à herdeira requerente, a qual ingressou em juízo postulando a obrigação de fazer, neste sentido, e indenização por danos morais pelo ocorrido. Assim, apresentam-se ponderações sobre as obrigações contratuais do Facebook perante o usuário e, após o falecimento deste, perante os sucessores. Para isso, faz-se uma apresentação mais detalhada do caso, seguida de uma breve contextualização de premissas importantes sobre a herança digital, para, por fim, apresentar a visão destes autores sobre as posições cabíveis aos herdeiros e às plataformas diante do perfil da pessoa falecida.

Palavras-chave: Herança digital. Internet. Perfis de pessoas falecidas.

Abstract: It is an analysis of the decision handed down in the proceedings of the judicial process n. 1119688-66.2019.8.26.0100, processed in the São Paulo Court of Justice, in which there was a discussion about the existence or not of an illegal act in Facebook's conduct that excluded the

profile of a deceased user, denying access to the requesting heiress, who entered in court postulating the obligation to do and indemnity for moral damages for what happened. Thus, considerations are made about Facebook's contractual obligations towards the user and, after the user's death, before the successors. For this, a more detailed presentation of the case is made, followed by a brief contextualization of important assumptions about digital inheritance, in order, finally, to present the view of these authors on the positions applicable to the heirs and the platforms before the profile of the deceased person.

Keywords: Digital inheritance. Internet. Profiles of deceased users.

Sumário: **1** Apresentação do caso – **2** As controvérsias em torno da herança digital – **3** O herdeiro diante da conta da pessoa falecida – **4** O provedor de aplicações diante da conta da pessoa falecida – **5** Considerações finais sobre o caso

1 Apresentação do caso

A presente análise tem por objeto o estudo do acórdão proferido no Processo nº 1119688-66.2019.8.26.0100,¹ julgado no dia 9.3.2021, pela 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Trata-se de demanda promovida por uma mãe que perdeu a filha precocemente, em desfavor do Facebook Serviços On-Line do Brasil Ltda.

A autora ingressou com ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais em face da referida rede social, diante da exclusão arbitrária, pela plataforma, do perfil da filha falecida, com o intuito de obter acesso aos dados da conta, bem como informações a respeito dos motivos que levaram o Facebook a apagar o perfil, ou a conversão da obrigação em perdas e danos, quantificados em R\$10.000,00 (dez mil reais). Alegou a requerente que solicitou diversas vezes informações acerca das razões que levaram a plataforma a excluir a página da filha, o que não lhe foi fornecido pelo provedor.

Em síntese, a demandante relata que, como tinha acesso à conta da filha (usuário e senha), com o falecimento desta, passou a logar no perfil para recordar momentos e interagir com amigos e familiares; contudo, tal acesso foi repentinamente interrompido (um ano e meio após a morte da usuária), sem prévio aviso ou maiores explicações pela plataforma. A requerente aponta a exclusão injustificada como primeiro dano praticado pela plataforma. O segundo teria sido a ausência de retorno, nas diversas tentativas em que a autora buscou uma resposta ou uma justificativa do Facebook, sobre o motivo que teria ensejado a exclusão da página.

¹ 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.

No que tange à responsabilidade civil, na petição inicial, a requerente defende a aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei nº 8.078/90 –, com a responsabilização objetiva do provedor – no caso, o Facebook –, por evidente falha na prestação do serviço, fundamentada no art. 14 do CDC.² Ainda, considerou que, em sendo afastada a aplicação pelo CDC, o caso estaria enquadrado na responsabilidade subjetiva do art. 927 do Código Civil (CC).

Em tutela de urgência, pleiteou a demandante que, no prazo de 5 (cinco) dias, o Facebook informasse acerca da disponibilidade de acesso a qualquer conteúdo do perfil da filha falecida, em especial as fotos, mensagens, publicações e comentários, e que, em havendo tal disponibilidade, lhe fosse concedido o acesso. Também requereu que a plataforma explicasse o motivo que ensejou o apagamento do perfil da usuária falecida.

Em contestação, o Facebook inicia explicando o que ocorre com a conta de pessoa falecida usuária da plataforma, de acordo com os termos de uso e padrões da comunidade do serviço Facebook: (i) o usuário pode solicitar a exclusão da sua conta, o que pode ser feito em vida (ou após a morte, por um parente próximo do *de cuius*); ou (ii) o usuário pode requerer a manutenção da sua conta no serviço com a indicação, ou não, de um contato herdeiro, oportunidade que será tornada em memorial.

Aduz a plataforma que, somente na possibilidade de ter sido nomeado um contato herdeiro pelo usuário (seja pela ferramenta disponibilizada pelo Facebook, seja por testamento), é que será possível realizar o *download* de eventuais conteúdos disponíveis na conta memorializada, inclusive, o contato herdeiro também poderá requerer a remoção do perfil “memorializado”. No entanto, por questões de privacidade, não caberia ao contato herdeiro: (i) ler as mensagens privadas; (ii) remover amigos e fazer novas solicitações de amizade; (iii) e entrar na conta do falecido.

No caso em tela, a autora não havia sido designada como contato herdeiro da usuária falecida, tampouco possuía outro documento executado pela *de cuius* indicando que esta pretendia especificamente lhe transferir suas comunicações eletrônicas. Não obstante, segundo o provedor, quando a requerente preencheu o formulário buscando o fornecimento de dados após a exclusão da página, ela restou notificada e anuiu com o que se segue: “Compreendo que que o envio de uma solicitação ou preenchimento da documentação necessária não garante se o Facebook poderá fornecer o conteúdo da conta da pessoa falecida”.³

² “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

³ Documento acostado pela autora na petição inicial, na fl. 41 dos autos (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).

Como resposta à solicitação acima mencionada, a autora fora informada pelo Facebook das seguintes possibilidades do que poderia ter ocorrido com a conta de usuária falecida: (i) decisão da própria usuária, de remoção do perfil após seu falecimento; ou (ii) solicitação de exclusão da conta feita por terceiro. Na contestação, a defesa informou que, “infelizmente, não há demais informações a serem fornecidas em relação ao perfil em questão, tendo em vista que foi permanentemente removido”.⁴

Não obstante, em relação aos esclarecimentos acerca das razões que levaram à exclusão do perfil da filha da autora, a plataforma se limitou a alegar que “é com pesar que se informa que o Facebook não poderá afirmar os motivos que levaram a indisponibilização permanentemente do perfil”.⁵ Segundo a defesa, a plataforma agiu nos limites do exercício regular de direito, nos moldes do inc. I do art. 188 do CC, inexistindo qualquer anormalidade ou atividade abusiva do Facebook.

Além disso, o provedor também sustentou que a exclusão em comento estaria de acordo com o teor do art. 15 do Marco Civil da Internet –⁶ Lei nº 12.965/2014 –, o qual exige dos provedores de aplicação apenas e tão somente a guarda dos dados de acesso, assim entendidos no art. 5º, VIII, como “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação a partir de um determinado endereço de IP”, não englobando os dados solicitados pela autora.

Outrossim, no que tange, especialmente, ao pedido da autora de acesso às mensagens privadas do perfil da filha falecida, a defesa do Facebook apontou que, tal acesso implicaria violação ao sigilo de telecomunicações, consubstanciado na inviolabilidade do sigilo da correspondência, prevista no art. 5º, inc. XII, da Constituição Federal de 1988 (CF), bem como pela inviolabilidade da vida privada, a que diz respeito o inc. X, do mesmo dispositivo constitucional.

Em síntese, levando-se em consideração os argumentos da defesa, a plataforma teria agido nos limites do exercício regular de direito, a partir da explicação de que possivelmente a indisponibilização do perfil da usuária falecida teria se tratado de ato de última vontade, ou, talvez, a remoção teria sido solicitada por terceiro no serviço Facebook, através do envio de documentos. No mais, segundo o provedor, inexistiria defeito na prestação de serviço, tendo em vista que não haveria no ordenamento jurídico norma que obrigasse aos provedores de aplicações

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ “Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento”.

o armazenamento dos dados pretendidos pela autora, ficando adstrito apenas ao disposto no art. 15 do Marco Civil da Internet.

Nesse sentido, além da referida impossibilidade de disponibilização dos dados requeridos pela autora, diante da alegada inexistência de ilicitude no ato de exclusão da página da usuária falecida por parte da plataforma, também não haveria que se falar em reparação por danos de natureza moral sofridos pela demandante.

Na sentença, o juízo singular entendeu que a requerente não logrou êxito em comprovar a falha na prestação de serviço por parte do Facebook, mencionando, ainda, que “o perfil ficou ativo mesmo após o falecimento da filha da autora, por quase 9 meses, tempo suficiente para que a autora pudesse acessar o conteúdo ali existente”,⁷ de modo que a conduta do provedor não ensejaria reparação por danos morais, não tendo a plataforma a obrigação de reativar o perfil.

Inconformada, a autora interpôs apelação. No Tribunal de Justiça de São Paulo, os desembargadores da 31ª Câmara de Direito Privado votaram, de forma unânime, pela manutenção da decisão de primeiro grau, pois entenderam que a plataforma agiu nos limites do exercício regular do direito, inexistindo qualquer abusividade ou falha na prestação dos serviços a ser reconhecida, seja no âmbito civil seja no consumerista.

Os argumentos do acórdão podem ser agrupados da seguinte forma: (i) o acesso ao perfil da usuária falecida pela autora, por si só, já configuraria violação aos termos de uso da plataforma, justificando a remoção do perfil pela plataforma, por denúncia ou ofício, mediante a detecção de comportamentos irregulares pelos operadores da plataforma; (ii) ainda que a usuária falecida tivesse escolhido a autora como seu contato herdeiro, o *login* ao perfil da filha permaneceria vedado pela plataforma, que restringe, até mesmo ao contato herdeiro, o acesso a determinadas informações; e (iii) inexistente a manifestação de vontade do titular da conta, devem valer as regras previstas nos termos de uso das plataformas, quando alinhados com o ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, o colegiado entendeu que não haveria como imputar ao Facebook a responsabilidade pelos eventuais abalos morais decorrentes da exclusão dos registros, já que teriam decorrido de manifestação de vontade exarada em vida pela usuária, no momento em que aderiu aos termos de serviço da plataforma, os quais, de um modo ou de outro, previam expressamente a impossibilidade de acesso ilimitado do conteúdo após o óbito.

⁷ Trecho da sentença, fl. 147 dos autos (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).

Após essa breve apresentação do julgado em análise, serão apresentadas as controvérsias em torno da temática da herança digital, as quais, adianta-se, exacerbam a problemática da transmissibilidade hereditária dos bens digitais, envolvendo não apenas polêmicas no âmbito do direito sucessório, mas também questões pertinentes a outras áreas do direito civil, como contratos, obrigações e responsabilidade civil, e ainda do direito constitucional, especificamente no tangente a direitos fundamentais e garantias constitucionalmente protegidas.

2 As controvérsias em torno da herança digital

Em geral, a primeira dúvida que surge para quem se depara com o termo “herança digital” é se questionar o que essa expressão significa exatamente. Em verdade, a delimitação dessa expressão tangencia a própria controvérsia existente sobre ela. Quer-se dizer: como conceituar e delimitar a herança digital, diante da ausência de norma específica sobre o tema e da divergência de posicionamentos na doutrina e na jurisprudência?

Diante desse cenário, o primeiro passo é identificar, com segurança, quais bens digitais são transmissíveis por força do direito das sucessões, ou seja, quais deles compreendem o acervo digital do seu titular.

Antes, contudo, é necessário se debruçar sobre a classificação desses bens. Bens digitais, na dicção de Bruno Zampier, 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”.⁸

A partir dessa definição já é possível extrair que bens digitais não necessariamente apresentam caráter econômico, podendo, simplesmente, constituir em informação de caráter pessoal. Autores como Bruno Zampier, Cíntia Burille, Livia Leal e Gabriel Honorato, os três últimos coautores desse estudo, defendem a existência de uma classificação trinária de bens digitais: os patrimoniais, os existenciais e os patrimoniais-existenciais ou híbridos.

Nesse sentido, os bens digitais patrimoniais se apresentam como aqueles cuja natureza é meramente econômica, a exemplo das moedas virtuais, milhas aéreas, créditos e avatares em jogos virtuais, itens pagos em plataformas digitais, entre outros; já os bens digitais existenciais (ou bens sensíveis) possuem natureza personalíssima, podendo ser exemplificados através dos perfis de redes sociais,

⁸ ZAMPIER, Bruno. *Bens digitais: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2021. p. 63-64.

blogs pessoais, correio eletrônico, mensagens privadas em aplicativos como o WhatsApp, Telegram, Messenger, e outros; e, por último, os bens de caráter híbrido, chamados de bens digitais patrimoniais-existenciais (ou patrimoniais-personalíssimos), perfazem um misto de economicidade e privacidade, como ocorre nos perfis de influenciadores digitais em redes sociais como Instagram e TikTok, nos quais há exploração econômica, mas que também apresentam conteúdo de cunho personalíssimo, ou seja, aspectos relacionados aos direitos da personalidade, além de conterem mensagens privadas, protegidas por sigilo.

No caso objeto desse estudo, considerando que não há notícia de exploração econômica por meio do perfil de titularidade da filha falecida, estaria este enquadrado como bem digital existencial. Questiona-se, assim: esse bem digital, classificado como personalíssimo, isento, a princípio, de qualquer valor econômico, transmite-se automaticamente aos herdeiros do seu titular, em caso de morte? E os demais bens digitais, patrimoniais e híbridos?

Há três correntes doutrinárias que se posicionam de formas diferentes para responder a essas perguntas.⁹

A primeira delas, que aparenta ser majoritária no direito civil brasileiro, e com a qual se filiam os autores do presente estudo, defende que apenas os bens com conteúdo econômico transmitem-se automaticamente aos herdeiros do titular, ressaltando-se aqueles bens nos quais, na oportunidade da aquisição, restou claro e evidente que o consumidor estava adquirindo o direito de uso e não a propriedade do bem.

Contudo, os bens digitais de cunho existencial ou personalíssimos só se transmitiriam aos herdeiros (i) por consentimento deixado em vida pelo titular e (ii) quando esse consentimento não violar a intimidade e/ou a privacidade de terceiros.¹⁰ Portanto, em regra, tais bens não seriam transmitidos automaticamente aos herdeiros. No que tange aos bens de natureza híbrida, não haveria óbice para a transmissão automática do conteúdo patrimonial aos herdeiros, devendo, apenas, ser vedado o acesso ao conteúdo de ordem existencial ou que envolvam direitos de terceiros (a exemplo das mensagens privadas trocadas pelo titular e seus interlocutores).

⁹ HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia. Proposta para a regulação da herança digital no direito brasileiro. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Org.). *Direito civil e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 379-394.

¹⁰ Assim garantido pelos incs. X e XII, art. 5º, da CF: "Art. 5º [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Para os autores que defendem esse posicionamento, a regra de intransmissibilidade dos bens digitais personalíssimos busca evitar que a transmissão gere prejuízos à personalidade de terceiros ou a aspectos da personalidade do falecido que permanecem sob tutela jurídica após a morte.

A segunda corrente doutrinária proclama pela aplicação da transmissão universal dos bens digitais como regra geral. Para Karina Fritz e Laura Mendes,¹¹ a regra geral é a de transmissão irrestrita e absoluta dos bens digitais, salvo disposição testamentária em contrário, expressa ou implícita pelo titular. Esse entendimento, como se pode perceber, possui lógica diversa da corrente anterior, que defende a intransmissibilidade de bens de conteúdo personalíssimo em geral, exceto quando o titular dispuser o contrário, em ato de disposição de última vontade.

Tal posicionamento coaduna-se com o entendimento adotado no *leading case* do *Bundesgerichtshof* (BGH),¹² na Alemanha, em 2018, que reconheceu, de forma inédita, a transmissibilidade da herança digital aos herdeiros dos usuários das redes sociais.¹³ No caso examinado pelo BGH, os pais de uma adolescente obtiveram êxito em demanda promovida em desfavor do Facebook, conseguindo acesso à conta da filha, falecida sob circunstâncias não esclarecidas, e dos conteúdos de comunicação lá contidos.

Depreende-se da análise do *leading case* da Corte alemã que, em respeito aos princípios da autonomia privada e da autodeterminação, cabe ao titular decidir o destino da herança digital, podendo vedar sua transmissão ou indicar um responsável para ter acesso e dar destino ao conteúdo digital. Para Fritz e Mendes,¹⁴ tal solução se apresenta não apenas como o meio mais adequado e eficiente para tutelar a privacidade e a intimidade – com a preservação da lógica do direito sucessório –, mas também o menos restritivo aos direitos fundamentais em colisão.

A terceira corrente se posiciona pela impossibilidade de transmissão dos bens digitais, de qualquer natureza – patrimoniais ou existenciais –, aduzindo, no mais das vezes, que se trata de contratos personalíssimos e intransferíveis, e que não geram titularidade, mas apenas o direito de uso pelos usuários. Esse entendimento, comumente aclamado pelas plataformas digitais, tem gerado diversas discussões sobre os direitos consumeristas dos usuários, ponderando-se, entre

¹¹ FRITZ, Karina Nunes; MENDES, Laura Schertel. Case report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 1, p. 525-555, 2019.

¹² A saber, o Tribunal Federal de Justiça (em alemão: *Bundesgerichtshof*, BGH) é a mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária na Alemanha.

¹³ ALEMANHA. *Bundesgerichtshof*. v. 12.07.2018, III ZR 183/17. Disponível em: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/741207/>. Acesso em: 18 abr. 2021.

¹⁴ FRITZ, Karina Nunes; MENDES, Laura Schertel. Case report: corte alemã reconhece a transmissibilidade da herança digital. *Revista de Direito da Responsabilidade*, Coimbra, ano 1, p. 525-555, 2019.

outros fatores, a quebra do dever de informação e o princípio da vinculação da oferta, conforme apregoam os arts. 30 e 31 do CDC.¹⁵

Verifica-se que, entre as correntes mencionadas, o acórdão objeto do presente estudo se pautou pela primeira delas, classificando o perfil em rede social da falecida como situação jurídica existencial, mencionando ainda que “devem prevalecer, quando existentes, as escolhas sobre o destino da conta realizadas pelos indivíduos em cada uma das plataformas, ou em outro instrumento negocial legítimo”. Concluiu, assim, que, inexistindo manifestação de vontade do titular, devem prevalecer os termos de uso das plataformas, desde que alinhados com o ordenamento jurídico brasileiro.

Importa lembrar, neste ponto, que (i) a autora buscava acesso não apenas ao conteúdo público postado pela filha falecida, mas também às mensagens privadas trocadas entre esta e seus interlocutores, o que é totalmente vedado pelos termos de uso do Facebook, independentemente da vontade exarada pelo usuário;¹⁶ e (ii) a autora reconheceu a inexistência de qualquer documento ou ato de disposição de última vontade da filha que lhe permitisse o acesso pretendido.

Mas, não obstante o dissenso presente na doutrina, inexistente, ainda, regramento jurídico que regule a herança digital, especificamente, no que se refere à transmissibilidade dos bens digitais, quando da morte do seu titular. Nem mesmo a Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018) tampouco o Marco Civil da Internet (MCI) (Lei nº 12.965/2014) enfrentam o assunto. No entanto, já foram apresentados 9 (nove) projetos de lei acerca da matéria, os quais se dividem em alterar ou acrescer o CC e o MCI.

Consignadas algumas das controvérsias em torno da herança digital, possível se mostra a extração de premissas possíveis e necessárias para tratamento do conteúdo inserido na rede, entre eles os perfis de redes sociais como o Facebook, objeto e parte processual do processo judicial que culminou no acórdão que ora se analisa.

¹⁵ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado. Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

¹⁶ Coadunando-se, perfeitamente, com a garantia constitucional preceituada nos incs. X e XII, art. 5º, da CF, que preveem a inviolabilidade da intimidade e da privacidade e o sigilo de dados, respectivamente.

3 O herdeiro diante da conta da pessoa falecida

Apresentado o caso ora examinado e os aspectos gerais pertinentes ao tratamento jurídico da herança digital no contexto nacional, cumpre abordar as possibilidades fáticas e as limitações jurídicas do herdeiro perante a conta da finada pessoa. Poder-se-ia, destarte, analisar tal situação envolvendo contas em plataformas digitais como *e-mails*, jogos virtuais, nuvens, entre tantas outras opções. Todavia, buscar-se-á limitar-se à abordagem das redes sociais, especialmente o Facebook, em respeito ao propósito deste artigo.

Conforme tratado anteriormente, estes autores têm seguido o entendimento segundo o qual os bens digitais de natureza existencial devem – ou deveriam – excepcionar a regra geral do direito sucessório, quanto à transmissibilidade, em virtude de seu caráter personalíssimo e, portanto, intransferível, sobretudo em respeito à privacidade do próprio morto e também de terceiros com quem ele dialogou.

Assim, tem-se defendido duas opções para o tratamento das situações jurídicas existenciais contidas em plataformas digitais, como redes sociais: (i) a extinção da conta com o cancelamento *causa mortis* do perfil; (ii) a manutenção da conta, com a transformação desta em um memorial, a ser administrada – com poderes limitados – pela pessoa indicada pelo usuário – que não necessariamente precisa ser herdeiro legítimo do falecido – e, naturalmente, desde que com o consentimento deste titular, sopesando-se o direito fundamental à autodeterminação informativa.

Registre-se, neste norte, que já existem ferramentas que atenuam a carência legislativa da sucessão de bens digitais, a exemplo da iniciativa de algumas empresas como o Google e o próprio Facebook, que já permitem que seus usuários se manifestem em uma espécie de “testamento digital” a fim de direcionar, antecipadamente, qual tratamento desejam receber em suas redes sociais ou caixas de *e-mails* no caso de falecimento e de declarar se desejam que aqueles conteúdos se projetem para seus herdeiros ou não.¹⁷

Acredita-se que o herdeiro deve ter plena legitimidade para receber conteúdos e/ou informações de natureza econômico-financeira, inclusive em respeito à regra geral extraída do art. 1.784 do CC, diretamente ou por pessoa escolhida pelo autor da herança. De tal modo, poder-se-iam evitar conflitos judiciais como o tratado no processo transcorrido entre a Sra. P.A.A. e a plataforma de *e-mail*

¹⁷ É indiscutível, todavia, que tais ações não suprem as problemáticas de modo integral, a começar pela percepção de que existem inúmeras outras empresas explorando este segmento de aplicações virtuais que não fornecem a mesma possibilidade de gerenciamento das respectivas contas para além da morte. Clarezas estas que apenas evidenciam a carência de uma força normativa vinculante quanto aos bens digitais e, por consequência, a necessidade de edificação de parâmetros legislativos mais sólidos e contemplativos.

Yahoo do Brasil, no qual se discutiu exatamente sobre o acesso a informações de natureza patrimonial.¹⁸

Outrossim, no que atine aos conteúdos e/ou informações de essência personalíssima, estes autores têm entendido pela ausência de direitos do herdeiro quanto ao acesso a tal acervo. Ou seja, dever-se-ia assegurar a não transmissão deste a fim de salvaguardar a esfera de privacidade – sobretudo o ciclo mais íntimo e sensível – do titular e dos terceiros com quem este dialogou.

Uma ressalva importante, quanto à intransmissibilidade de tais conteúdos, diz respeito à manutenção consentida pelo titular em vida com o intuito de preservar a memória deste, sem prejuízo à privacidade de terceiros, como permite o Facebook com a instituição do “contato herdeiro”, no qual este passa a exercer uma titularidade mitigada sobre o bem, visto que o herdeiro nomeado para tal encargo age com o objetivo de administração do bem (perfil de rede social) e não com os direitos plenos de propriedade, insculpidos no art. 1.228 do CC, isto é, sem a possibilidade de usar, gozar e dispor da coisa como bem entender.

Note-se e acrescente-se, ainda sobre a posição do herdeiro perante a conta de rede social da pessoa falecida, que cabe aos sucessores a tutela da personalidade do ente familiar, a fim de proteger a imagem, a honra, a privacidade e a dignidade da pessoa humana. Observe-se que embora a existência da pessoa se encerre com a morte (art. 6º do CC), a tutela póstuma da personalidade se posterga para além do evento fúnebre, consoante cláusula geral extraída do art. 12, parágrafo único, do CC.

Neste diapasão, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que o rol previsto no dispositivo em espeque é exemplificativo e não taxativo, exatamente para permitir que não apenas os herdeiros, mas de igual modo terceiros, possam tutelar a personalidade do finado, a fim de inibir, sanar e/ou reparar danos à personalidade *post mortem*.

Feitas essas considerações, insta ressaltar que tais entendimentos partem de uma compreensão do sistema jurídico a partir de uma hermenêutica civil-constitucional que tutele a pessoa humana como sujeito destinatário de especial atenção do ordenamento,¹⁹ utilizando-se da premissa facultada pela Lei de Introdução

¹⁸ Trata-se do Processo Judicial nº 1036531-51.2018.8.26.0224, que tramitou na 12ª Vara Cível da comarca de Guarulhos – SP, tendo como autora a Sra. P.A.A., habilitada nos autos na condição de inventariante do espólio do Sr. M.C.A., e como promovida a empresa Yahoo! Do Brasil Internet Ltda. No caso, a autora alegava que precisava ter acesso às informações constantes da conta do *e-mail* do falecido a fim de verificar as tratativas sobre o negócio jurídico de promessa de venda e compra de bem imóvel constante do espólio.

¹⁹ Ao direito civil compete, deste modo, uma observância maior da pessoa e não apenas do sujeito de direito, como bem lecionava o jurista italiano Stefano Rodotà em *Dal soggetto alla persona*: “a coexistência de duas construções – do sujeito e da pessoa – sempre funcionalizadas à tutela da dignidade humana, coloca o intérprete a frente do desafio de promover a ‘compatibilidade entre o sujeito abstrato e o reconhecimento

às Normas de Direito Brasileiro que, em seu art. 4º, disciplina que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Noutro linear, complementando, não se pode desmerecer a importância para o Estado democrático de direito da preservação, sempre que possível, das vontades emanadas pelas partes em negócios jurídicos firmados, a exemplo do contrato de adesão celebrado entre a plataforma do Facebook e o usuário (consumidor, como tratado no tópico seguinte). Premissa essa também de suma importância para que o herdeiro assimile sua função perante a conta após o óbito.

Dito isso, cumpre ao herdeiro, preliminarmente, quando possível, constatar qual a natureza do conteúdo contido na conta digital; quais premissas adotadas nos termos de uso do negócio firmado entre o usuário e a plataforma, à luz do ordenamento pátrio; e compreender as decisões tomadas pelo titular ao adentar – ou posteriormente – perante a rede social. Assim, ato contínuo, cabe ao sucessor aceitar e fazer valer a vontade manifestada pelo falecido na plataforma, sem desconsiderar as limitações contratuais postas, quando estas não se mostrarem abusivas, conforme dicção extraída do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, recordando-se, conforme exposto na apresentação inicial, que o próprio Facebook, em sua contestação, anunciou que o usuário poderia solicitar a exclusão da conta – em vida ou após a morte, através de um parente – ou poderia requerer a manutenção da sua conta com a conversão desta em um memorial com indicação dos poderes do administrador, sendo tal escolha de natureza personalíssima, cabível exclusivamente ao usuário.

Paralelamente a estas duas opções, diante do silêncio do usuário, os termos de uso previam a transformação do perfil em um memorial, com exclusão dos assuntos privativos (*direct messagens*, por exemplo) e sem acesso direto, mediante *login* e senha, pelos herdeiros. Situação esta que parece ser a mais adequada para o caso concreto haja vista que: (i) a titular não manifestou, em vida, o seu intento de transformar sua conta em memorial com indicação de administrador; (ii) a herdeira não possuía outro documento válido, como um testamento público ou particular que contivesse disposição testamentária atribuindo acesso à conta; (iii) o Facebook também não comprovou que a titular da conta teria optado pela exclusão definitiva

das diferenças”. E conclui pontuando que a compatibilização de tais vetores axiológicos se apresenta de forma imperativa para a doutrina, na investigação de soluções apropriadas e em consonância com o postulado da dignidade da pessoa humana, dada a sua proeminência no sistema jurídico, a reconduzir a interpretação de todas as normas e institutos (TEPEDINO, Gustavo. O papel atual da doutrina do direito civil entre o sujeito e a pessoa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 18-19).

da conta, tampouco que terceira pessoa tivesse realizado denúncia à plataforma que ensejasse o apagamento.

Logo, se a manutenção da conta, transformada em memorial e sem acesso pelos herdeiros, parecia ser a solução mais adequada, pode-se concluir pela possibilidade e pela legitimidade de o herdeiro pleitear, judicialmente, a reativação da conta nos termos postos, conforme inteligência que se extrai do art. 12, parágrafo único, do CC e da Súmula nº 642 do STJ, que estabelece “[o] direito à indenização por danos morais transmite-se com o falecimento do titular, possuindo os herdeiros da vítima legitimidade ativa para ajuizar ou prosseguir a ação indenizatória”.

Ainda sobre a conduta do herdeiro perante o perfil da pessoa falecida, resta registrar que, com esteio no dever de cooperação e colaboração que se extrai do princípio da boa-fé, regedor das relações privadas, caberia ao familiar comunicar ao provedor sobre o falecimento do titular de determinado perfil social, até mesmo para permitir a observância de eventual manifestação de vontade do usuário registrada por meio da plataforma, medida esta que poderia evitar, inclusive, o aumento de contas sem qualquer tipo de gerenciamento perante o “cemitério virtual” do Facebook.²⁰

Para encerrar este tópico, cumpre consignar que, em que pese o Facebook sustentar que o compartilhamento em vida do *login* e da senha pela usuária para a genitora já representasse uma violação aos termos de uso, passível de exclusão da conta, deve-se recordar que nas relações contratuais as partes têm o dever de cumprir com o princípio da boa-fé, *vide* art. 422 do CC, do qual se absorvem as obrigações de cooperação e colaboração contratual, o dever de transparência e, conforme doutrina norte-americana, o dever de amenizar o dano (*duty to mitigate the loss*), que se consubstancia no dever de as partes contratantes sempre agirem sem desconsiderar os danos que podem causar ao polo adverso, cabendo minimizá-los, quando possível.

Isto é, poderia o Facebook: (i) ter notificado o usuário ou seu sucessor, inclusive em respeito ao contraditório e a ampla defesa, para que um destes se manifestasse e, se mesmo assim aquele optasse pela exclusão, que se comunicasse previamente tal decisão a fim de se permitir o *download* das fotografias e vídeos postados na área pública, até mesmo como preservação da imagem e da história da finada; (ii) ter adotado o congelamento da conta com o armazenamento provisório ao invés da extinção definitiva,²¹ em razão da irreversibilidade

²⁰ Acredita-se que aproximadamente 50 (cinquenta) milhões de perfis do Facebook são de pessoas já falecidas (GALVÃO, Camila. “Cemitérios virtuais”: o que acontece com os perfis de quem morre? *Tecmundo*, 9 nov. 2015. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/89128-cemiterios-virtuais-acontece-perfis-morre.htm>. Acesso em: 2 maio 2021).

²¹ Sobre este ponto, importa lembrar o louvor do Projeto de Lei nº 1.331/2015, propositura legislativa que determinava o armazenamento da conta pelo período mínimo de 1 (um) ano, podendo esta ser prorrogada

desta última medida, anunciada pelo Facebook, o que permitiria o *download* dos arquivos expostos publicamente.

Postos os possíveis posicionamentos do herdeiro diante da conta digital do falecido, passa-se à análise inversa, sobre as obrigações do provedor perante a conta, herdeiros e terceiros, no tópico seguinte.

4 O provedor de aplicações diante da conta da pessoa falecida

A fim de compreender o precedente objeto de análise no presente estudo, é preciso também examinar a relação jurídica entre o Facebook, pessoa jurídica que figurou como parte ré na referida demanda, e a titular da conta, para, então, identificar os reflexos da morte do usuário sobre tal dinâmica.

De início, verifica-se que o Facebook se caracteriza, nos termos da Lei nº 12.965/2014 – Marco Civil da Internet (MCI), como *provedor de aplicações de internet*, tendo o art. 5º, inc. VII, do mencionado diploma definido *aplicações de internet* como “o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”, qualificação esta que se revela especialmente importante para o regime de responsabilização do provedor por danos causados por conteúdos gerados por terceiros, ou seja, pelos usuários, conforme previsão constante no art. 19 do MCI.

Contudo, a hipótese aqui discutida refere-se a ato praticado *pelo próprio provedor*, consubstanciado na exclusão da conta da filha falecida da autora constante na rede social administrada por ele. Nesse sentido, importa assinalar que, ao criar o seu perfil na plataforma, o usuário realiza uma contratação com o Facebook, a qual se encontra, a princípio, regida pelas cláusulas inseridas nos termos de uso estabelecidas pelo provedor.

De outro lado, tal relação encontra-se submetida ao regramento do Código de Defesa do Consumidor, conforme entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça. A respeito do tema, cita-se o REsp nº 1.316.921/RJ, julgado pela 3ª Turma do STJ, no qual restou consignado:

[o] fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante

por mais 1 (um) ano em caso de interesse público. Caso vigente estivesse esta norma, talvez a lide ora debatida sequer tivesse sido judicializada, o que se anota em reforço à necessidade de regulação normativa.

remuneração”, contido no art. 3º, §2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.²²

Não se pode olvidar, ainda, que ao usuário não é conferida a possibilidade de discutir com o Facebook as cláusulas constantes dos termos de serviço, tratando-se, portanto, de inegável contrato de adesão, cujas cláusulas devem ser interpretadas em favor do aderente vulnerável, conforme dispõe o art. 423 do Código Civil²³ e o art. 47 do Código de Defesa do Consumidor – CDC.²⁴ Além disso, as previsões estabelecidas pelo provedor devem estar em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, sendo passíveis de nulidade as cláusulas que se revelarem abusivas, nos termos do art. 51 do CDC.

Outrossim, como já mencionado anteriormente, de acordo com as regras estabelecidas pelo Facebook, ao titular da conta são viabilizadas duas opções pertinentes ao gerenciamento *post mortem* de seu perfil: (i) a exclusão da conta; ou (ii) a transformação da conta em memorial, mediante a administração realizada pelo contato herdeiro, que não confere a este, todavia, o gerenciamento total e irrestrito do perfil.

Cumprido salientar, no ponto, que a manifestação de vontade do usuário como elemento relevante para dirimir eventuais controvérsias derivadas do tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede se trata de ponto em comum nos diversos posicionamentos doutrinários a respeito do tema, devendo-se, por conseguinte, examinar a validade e o valor jurídico das opções feitas pelo usuário por meio de ferramentas da própria plataforma.

Com efeito, a manifestação de vontade do usuário por tais meios não se enquadraria como testamento, na medida em que tal instrumento é cercado por formalidades legais, as quais, embora venham sendo flexibilizadas pela jurisprudência, se mantêm como elementos relevantes.

Dúvidas surgem quanto à possibilidade de caracterização de tais disposições como codicilo, definido pelo legislador, no art. 1.881 do Código Civil, como um

²² De fato, pela literalidade do §2º do art. 3º do CDC, *serviço* é definido, para fins de incidência do diploma consumerista, como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, *mediante remuneração*” (grifos nossos). Questionava-se, assim, na hipótese analisada pela Corte, se a relação estabelecida entre o usuário e o provedor de pesquisa (no caso, o Google Brasil Internet Ltda.) se enquadrava como relação de consumo, na medida em que não havia o pagamento de qualquer quantia pelo usuário para a utilização do buscador. Na hipótese, a 3ª Turma reconheceu que o provedor obtinha rendimentos por meio da disponibilização e venda de espaços publicitários em sua plataforma, embora não houvesse uma contraprestação pecuniária realizada diretamente pelo usuário, o que atraía a incidência do CDC (BRASIL. STJ, 3ª Turma. REsp nº 1.316.921/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.6.2012. *DJe*, 29 jun. 2012).

²³ “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, *dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*”.

²⁴ “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

escrito particular datado e assinado que contenha “disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoa”. Contudo, a assinatura e a própria indicação temporal da manifestação de vontade parecem figurar como barreiras para o enquadramento na prática dessa escolha do usuário como codicilo.

De fato, tais instrumentos foram construídos considerando a realidade analógica, tornando-se muitas vezes dificultoso enquadrar as situações que surgem no contexto digital nas categorias jurídicas tradicionais. Tais desafios não significam, contudo, que a manifestação de vontade do usuário por meio das ferramentas fornecidas pelo provedor em sua própria plataforma deva ser descartada pelo intérprete no momento da busca pela solução do caso concreto.

Interessante questão perpassa pelo exame da relação entre o usuário e o próprio perfil, bem como entre o provedor e o perfil. Sob este aspecto, importa observar que, em tais casos, o provedor é o titular da plataforma na qual serão inseridos textos, vídeos, fotos, enfim, dados do usuário que compõem aquele perfil, constituindo aquela o suporte por meio do qual o provedor irá fornecer o serviço contratado ao usuário.

Desse modo, não se poderia afirmar que o usuário detém a propriedade sobre o perfil em sua totalidade, pois a plataforma em si não é de sua titularidade, e sim as informações e os arquivos que ele ali insere. De outro lado, também não se poderia concluir que o provedor seria o titular da conta como um todo, na medida em que o titular do conteúdo inserido na plataforma é o usuário – e não o provedor, devendo este, ademais, atuar em conformidade com os preceitos do ordenamento jurídico, os quais inviabilizam um gerenciamento direto e irrestrito da conta, já que tal ato configuraria violação aos direitos do usuário.

Sob este aspecto, encontra-se a atuação do provedor restrita aos seus próprios termos de uso e às normas constantes na Constituição Federal, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, no Marco Civil da Internet, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais etc., de modo que a ausência de transmissão da conta aos herdeiros não significa que o provedor passará a ser o titular da conta ou que a conta deixaria de receber qualquer tutela jurídica.

Cabe, ainda, no caso examinado, indagar como se caracteriza uma outra relação jurídica: aquela estabelecida entre os herdeiros do usuário falecido e o provedor. Quanto a este ponto, remete-se aos já mencionados entendimentos doutrinários sobre o tema: (i) caso se entenda pela transmissão da conta aos herdeiros, com a sucessão da posição jurídica do usuário falecido na relação contratual aos familiares, estes passariam a deter, a princípio, os direitos do titular original; (ii) na hipótese de se entender pela intransmissibilidade da conta com

caráter existencial, a atuação dos herdeiros em face do provedor seria respaldada pela legitimidade contida nos parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 do Código Civil, direcionada à tutela *post mortem* de direitos da personalidade.

No caso em análise, a solução da questão perpassa por alguns questionamentos centrais. A exclusão do perfil configurou, na hipótese, falha na prestação do serviço, ou seja, o provedor praticou ato ilícito ao remover a conta da usuária falecida? Houve a configuração de dano moral reparável?

A 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que o “[c]onjunto probatório amealhado aos autos autoriza conclusão de que a apelada agiu no exercício regular de um direito, não havendo qualquer abusividade ou falha na prestação dos serviços a ser reconhecida, seja sob a ótica civil ou consumerista”, apontando que “mesmo que o usuário não tenha optado por excluir a conta após o seu falecimento, a outra opção estipulada pelos termos de uso do site é a transformação do perfil em memorial, com funções limitadas e impossibilidade de acesso direto da conta”.

Nesse sentido, considerou o Colegiado que o pleito formulado pela genitora, de acesso aos dados e informações que levaram ao apagamento do perfil da filha falecida, não merecia acolhida, já que em dissonância com os termos de uso do provedor, com os quais a usuária havia anuído ao criar a conta e que preveem expressamente a impossibilidade de acesso ilimitado do conteúdo após o óbito.

Pelo que se pode depreender do acórdão, portanto, o provedor teria agido no exercício regular de um direito ao inviabilizar o acesso da mãe à conta da filha falecida diante da violação dos termos de uso do provedor. Quanto a este aspecto, a conclusão do Colegiado se encontra em sintonia com a tese da intransmissibilidade em geral da conta com caráter existencial, defendida pelos autores deste estudo.

Contudo, dois aspectos deste caso merecem um exame mais atento: (i) o fato de a mãe já utilizar a conta durante a vida da filha poderia ensejar uma conclusão diversa?; (ii) a impossibilidade de acesso à conta pela mãe após o óbito da filha autorizaria o Facebook a excluir o perfil, ou seja, a exclusão da conta nesse caso seria lícita?

O primeiro ponto deve ser analisado considerando-se não apenas eventuais interesses vinculados à própria pessoa falecida, já que a utilização da conta pela genitora poderia caracterizar violação à identidade da filha, mas sobretudo aos direitos de terceiros, na medida em que a mãe poderia obter informações privadas relativas a pessoas que se comunicaram com aquele perfil, comprometendo a privacidade de outros usuários.

Já no segundo tópico, deve-se reiterar que a atuação do provedor deve ser consonante com as normas contidas no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, no Marco Civil da Internet, na Lei Geral de Proteção de Dados

Pessoais etc. e que o provedor não passa a ser o titular da conta com a morte da pessoa falecida, não possuindo, portanto, livre disposição quanto ao perfil.

Desse modo, pelo que se pode verificar do caso concreto julgado pelo TJSP, não comprovou o Facebook nos autos que houve escolha expressa da usuária em relação ao desejo de que sua conta fosse excluída após a sua morte. Assim, a remoção unilateral da conta, sem a observância dos direitos à informação (art. 6º, III, CDC) e à autodeterminação informativa (art. 2º, II, LGPD) não parece encontrar respaldo no ordenamento jurídico pátrio, importando ressaltar que a exclusão dos dados constitui *direito do titular* (art. 7º, X, MCI e art. 18, VI, LGPD) e que a morte do usuário não se encontra elencada como hipótese de encerramento do tratamento dos dados pessoais nos arts. 15 e 16 da LGPD.

Ademais, o apagamento da conta sem a manifestação de vontade da usuária de forma expressa viola os próprios termos do Facebook, nos quais consta que, se o usuário não optar pela exclusão da conta, ela será transformada em memorial, e não removida (“Se você não decidir excluir a conta permanentemente, ela será transformada em memorial assim que ficarmos cientes de seu falecimento”). Assim, o provedor incorreu em inegável falha na prestação do serviço, nos termos do art. 14 do CDC, já que não comprovou no curso do feito que a remoção do perfil decorreu de escolha da própria usuária titular da conta.

Nesse cenário, a remoção do perfil da usuária de forma arbitrária encontra-se revestida de ilicitude, mormente ao se considerar que a possibilidade de manutenção de perfis de pessoas falecidas é, inclusive, objeto de previsão expressa nos termos de uso, não podendo o provedor presumir que a vontade da usuária seria no sentido da exclusão da conta depois da sua morte.

Configurado o ato ilícito, consistente na falha na prestação do serviço pelo Facebook ao excluir a conta em desacordo com o próprio contrato firmado com a usuária e com os preceitos do ordenamento jurídico pátrio, e sendo a responsabilidade do Facebook objetiva, deve-se examinar a caracterização de dano moral objeto de reparação.

Sob este aspecto, verifica-se, conforme já apontado, que os herdeiros possuem legitimidade para pleitear a tutela *post mortem* de direitos da personalidade, por força do parágrafo único do art. 12 do CC/02 e da Súmula nº 642 do STJ.

Na hipótese, a exclusão do perfil pelo provedor na forma efetivada no caso concreto examinado acarreta inegável violação à memória da pessoa falecida, sobretudo ao se considerar a projeção de sua identidade para o perfil constante na rede social e a consequente violação à autodeterminação informativa da usuária, a qual também merece tutela jurídica após a morte.

Ressalta-se que alguns autores entendem que a internet viabiliza a formação de diferentes identidades, de modo que a identidade se prospectaria no mundo digital, por meio de representações diversas, como uma fotografia, um *nickname*, que caracterizariam o indivíduo perante os demais.²⁵ Essa projeção da identidade para os dados inseridos na rede permite, inclusive, que se pense na existência de um *corpo eletrônico*, que, na concepção de Stefano Rodotà, pode ser caracterizado como uma espécie de reflexo da existência do indivíduo na rede, na qual estão presentes informações e dados diversos a seu respeito, e que deve ser objeto de tutela jurídica.²⁶

A remoção da conta na hipótese examinada poderia violar, assim, o *corpo eletrônico* da usuária falecida, ensejando a reparação pela lesão causada pelo provedor à sua memória, a qual poderia ser pleiteada pela mãe com base no art. 12, parágrafo único, do CC/02.

5 Considerações finais sobre o caso

Após a apresentação do caso, a exposição de premissas essenciais à compreensão da herança digital e a apresentação das perspectivas destes autores sobre as posições que acreditam caber aos herdeiros e aos provedores perante a conta da pessoa falecida, abordagem essa feita à luz do acórdão proferido nos autos do processo em epígrafe, passa-se à síntese conclusiva da situação jurídica debatida processualmente.

²⁵ BELDA INIESTA, Javier; ARANDA SERNA, Francisco José. El paradigma de la identidad: hacia una regulación del mundo digital. *Revista Forense*, v. 422, p. 184-197, 2016.

²⁶ “Na *Information Age* o corpo foi desde logo considerado como um conjunto de dados, um sistema informativo. O tema do corpo, suas transformações e seu destino, torna-se assim a grande metáfora, aspecto essencial da sociedade de informação e de sua aproximação à realidade virtual” (RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 19, jul./set. 2004. p. 91). “Se olharmos para os processos em curso do ponto de vista das tecnologias da informação e da comunicação, não descobriremos apenas o nascimento de uma dimensão virtual ao lado daquela real, ou formas de mistura que sugerem a expressão ‘mixed reality’. Muda a própria percepção da pessoa e de seu corpo. Centenas de milhões de homens e de mulheres têm seu ‘duplo’ eletrônico, que num número crescente de casos condiciona sua existência muito mais do que o corpo físico. Pessoa e corpo eletrônico já pertencem naturalmente à dimensão global. As informações que nos dizem respeito, e que representam nossa identidade para todos aqueles que as usam eletronicamente, estão espalhadas num número crescente de bancos de dados nos mais diversos lugares do mundo; nossos rastros eletrônicos são constantemente acompanhados e guardados; os dados sobre a saúde, os dados genéticos decompõem nosso corpo. O novo direito global deve tratar de um ‘indivíduo planetário’, de um ‘corpo distribuído no espaço’” (RODOTÀ, Stefano. *Globalização e o direito*. Palestra proferida em 2003, no Rio de Janeiro. Tradução de Myriam de Filippis. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeDireito.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021).

Nesse cenário, extraem-se do caso examinado as seguintes reflexões:

- (i) a relação jurídica estabelecida entre o provedor de aplicações e o usuário se caracteriza como relação de consumo, atraindo as regras previstas pelo CDC, as quais buscam preservar o consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade;
- (ii) assim como quaisquer cláusulas contratuais, e, sobretudo, tratando-se de estipulações inseridas em contrato de consumo, revelam-se as previsões constantes nos termos de uso dos provedores passíveis de controle de abusividade, podendo ser afastadas quando em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio;
- (iii) a impossibilidade inicial de se enquadrar a escolha realizada pelo usuário no bojo da plataforma dos provedores nas categorias jurídicas tradicionais destinadas à manifestação de vontade com efeitos *post mortem*, como o testamento ou o codicilo, não deve significar a descon sideração completa da opção realizada pelo titular da conta;
- (iv) nas redes sociais, a prestação do provedor se direciona à disponibilização da plataforma para que o usuário possa inserir conteúdos, não havendo titularidade do usuário sobre a plataforma em si, e tampouco do provedor sobre o conteúdo inserido pelo usuário;
- (v) a atuação do provedor deve estar em conformidade com os próprios termos de uso e as normas constantes no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, no Marco Civil da Internet, na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais etc., de modo que a ausência de transmissão da conta aos herdeiros não significa que o provedor passará a ser o titular da conta ou que a conta deixará de receber proteção jurídica;
- (vi) ao reconhecer a ausência de direito de acesso da mãe à conta da filha falecida, o acórdão se encontra em sintonia com a tese da intransmissibilidade da conta com caráter existencial;
- (vii) contudo, não tendo o Facebook comprovado nos autos que houve escolha expressa da usuária em relação ao desejo de que sua conta fosse excluída após a sua morte, a remoção de forma unilateral da conta constitui ato ilícito, porquanto em desconformidade com os seus próprios termos de uso e com os já apontados preceitos do ordenamento jurídico pátrio;

- (viii) diante da legitimidade conferida aos familiares para pleitearem a tutela *post mortem* de direitos da personalidade, por força do parágrafo único do art. 12 do CC/02, poderia a mãe requerer a reparação pela violação à memória da filha falecida, decorrente da exclusão ilícita de seu perfil, em conformidade, inclusive, com o disposto na Súmula nº 642 do STJ.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BURILLE, Cíntia; HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. Danos morais por exclusão de perfil de pessoa falecida? Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 1119688-66.2019.8.26.0100 (TJSP). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 28, p. 207-227, abr./jun. 2021.
