



A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS "CAUSA MORTIS" EM RELAÇÃO AO S DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO "DE CUJUS"

LEGAL POSSIBILITY OF DIGITAL GOODS TRANSMISSION "CAUSA MORTIS" WITH RESPECT TO "DE CUJUS" 'S VERY PERSONAL RIGHTS

Naiara Czarnobai Augusto ¹Rafael Niebuhr Maia de Oliveira ²

RESUMO

Objetiva-se abordar a possibilidade da transmissão de bens digitais "causa mortis" em relação aos direitos personalíssimos do "de cujus", que poderiam ser violados com a divulgação de suas informações. Para obtenção da resposta ao problema, busca-se primeiramente estabelecer o conceito de bens digitais e se estes podem ser classificados como incorpóreos. Na sequência aborda-se a natureza jurídica, modalidades e a extensão temporal dos direitos de personalidade, questionando-se se estes podem ser defendidos pelo Estado, ainda que após a morte da pessoa, e mesmo que contra a vontade de seus herdeiros. Por fim, estabelece-se quais regras hermenêuticas devem ser utilizadas para interpretar este choque de princípios constitucionais. Através da pesquisa doutrinária e do método indutivo, operacionalizado com as técnicas do referente, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais, constatou-se que apesar de o tema não ter sido enfrentado objetivamente pelos tribunais pátrios, nem tampouco haver previsão legal expressa - embora existam projetos de lei sobre o assunto -, a análise dos princípios de maior valor deve orientar o posicionamento a ser firmado sobre a matéria, e em tese, no choque em questão, a personalidade do "de cujus" quando inconciliável com o direito de herança, deve prevalecer.

Palavras-chave: Bens digitais; direito de herança; direitos de personalidade.

ABSTRACT

This article discusses the legal possibility of transmitting digital goods "cause of death" in relation to the personal rights of the "deceased", which could be violated with the disclosure of your information. To obtain the answer to the problem, the aim is to first establish the concept of digital assets and if these can be classified as intangible assets. Following deals with the legal nature, modalities and the temporal extension of personality rights, questioning whether these can be

¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali; Assessora de Gabinete no Centro de Apoio Operacional de Informações Técnicas e Pesquisas no Ministério Público de Santa Catarina. Telefone: (48) 9928-0970; E-mail: naiaraczag@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/8143276738022540>.

² Bacharel em Direito pela Unifebe - Brusque/SC; Especialista pela Uniderp; Professor de Graduação em Direito no IBES/Sociesc - Blumenau - SC e na Unifebe - Brusque/SC; Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao Instituto Valor Humano/Univali. Telefone/FAX: (47) 3351-0211; e-mail: rafaelmaiaadv@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9285964965375059>.



defended by the State, even after the death of the person, and even against the wishes of his heirs. Finally, it establishes which hermeneutics rules should be used to interpret this clash of constitutional principles. Through the doctrinal research and the inductive method, operated with the techniques of the referent, the operational concepts and research of documentary sources, it was noted that although the theme has not been faced objectively patriots courts, nor have legal provision expressed - while there are bills on the subject - the analysis of the principles of greater value should guide the positioning to be signed on the subject, and in theory, the shock in question, the personality of the "deceased" when irreconcilable with the inheritance law, must prevail.

Key-words: Digital goods; Inheritance law; Personality rights.

INTRODUÇÃO

Constituiu-se como objeto deste artigo científico a pesquisa no direito brasileiro acerca dos bens imateriais, abordando a sua proteção e a possibilidade de transferência através da herança, mais especificamente os bens digitais, investigando na sequência a temporariedade dos direitos individuais, concluindo qual seu termo inicial, e principalmente, seu termo final, verificando-se se a morte biológica faz cessar a proteção estatal sobre os direitos individuais daquela pessoa, para finalmente verificar junto a doutrina e jurisprudência nacional, de que forma vem se tratando este tema, e como deve o magistrado decidir quando se deparar com esse choque de princípios constitucionais.

A justificativa para o desenvolvimento desta pesquisa se encontra no fato de que o direito como se sabe não move suas correntes na mesma velocidade que a sociedade, a qual através dos avanços tecnológicos, muda o seu comportamento, costumes, consumo, sem que o direito positivo esteja preparado para tanto. Com isto, mudou-se também a forma de se armazenar riqueza, antes acessíveis à mão, hoje se encontram cada vez mais no espectro virtual das chamadas "nuvens" de armazenamento digital. Muito embora não haja previsão legal, o direito deve solucionar conflitos que já começam a surgir acerca da disputa de propriedade sobre estes bens, e que no presente estudo, concentra-se sobre o direito de transmissão desta propriedade aos herdeiros. Contudo, o armazenamento de arquivos não se resume a bens digitais valiosos, mas também de informações sigilosas e/ou confidenciais do "de cujus", cuja revelação pode acarretar ofensa a seus direitos individuais. Surge então o interesse e a relevância da pesquisa que se passa a relatar nas linhas que seguem.



A presente pesquisa se origina de três problemas, quais sejam: a) Os arquivos digitais podem ser considerados bens passíveis de transferência "causa mortis"? b) Os direitos morais do "de cujus" permanecem intactos mesmo após a sua morte? c) Qual solução deve ser aplicada nos casos onde não haja declaração de última vontade do "de cujus" acerca de seus ativos digitais? Para os quais, propuseram-se, respectivamente, as seguintes hipóteses: a) Os bens imateriais são protegidos pela legislação constitucional e civil brasileira, não havendo motivos para se distinguir os arquivos digitais, dos demais bens incorpóreos, que embora não palpáveis, agregam valor ao patrimônio de seus proprietários, razão pela qual se torna possível a sua transmissão aos herdeiros, após a morte de seu titular. b) A dignidade humana deve transcender o aspecto biológico de sua existência, de forma que os direitos individuais e humanos devem ser garantidos mesmo antes do nascimento e até mesmo o óbito de cada indivíduo. c) Em se tratando de choque de princípios fundamentais, dificilmente se encontrará simples decisões, de forma que ao que parece, no choque entre direitos patrimoniais e morais, tende-se a crer que a preservação da intimidade do "de cujus" deva prevalecer ao direito patrimonial de seus herdeiros, não excluindo-se, obviamente, a apreciação específica de cada caso concreto.

Para se atingir os objetivos perseguidos, inicialmente, será estabelecido o conceito de bens incorpóreos, para que se verifique se os bens digitais podem ser entendidos como subespécies desses e na sequência, se estes bens podem ser transferidos por herança. Na sequência, buscar-se-á a conceituação dos direitos morais e de privacidade do "de cujus", sendo para tanto necessária o estabelecimento do termo "ad quem" da tutela destes direitos, em relação a morte do cidadão.

Por fim, examinando o conflito entre os princípios constitucionais do direito de herança e o direito de privacidade, examinar-se-á qual deve ser a presunção aplicada em caso de ausência de disposição de última vontade do "de cujus" quanto a seus arquivos digitais.

No desenvolvimento desta pesquisa será utilizado o método indutivo, ou seja, pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.

Na investigação, far-se-á uso da técnica do referente, das categorias e do conceito operacional, através de pesquisa doutrinária, cujas referências das obras citadas serão colacionadas ao final. Por opção metodológica, tratar-se-á primordialmente dos aspectos



destacados da doutrina civil e constitucional nacional, relacionada ao tema abordado, com breves e esporádicas análises legais sobre o tema. Os pressupostos conceituais serão trazidos ao decorrer do desenvolvimento da presente pesquisa, através de notas de rodapé, assim como as referências ao longo do texto.

1 ARQUIVOS DIGITAIS ENQUANTO BENS INCORPÓREOS

Para dar início a presente pesquisa, é imprescindível que se apresente o conceito de bens incorpóreos, bem como de arquivos digitais, para que na sequência se possa delinear se os segundos podem ser incluídos como espécies dos primeiros.

Dessa forma, tem-se que os bens são elementos basilares do estado democrático brasileiro, vez que são a perfectibilização do direito à propriedade cravado na Carta Magna, junto ao seu art. 5º³ como uma de suas cláusulas pétreas. E como tal, merecem proteção destacada do Estado, como garantia de manutenção da ordem socioeconômica liberal.

O Código Civil, por sua vez, destaca um livro - Livro II - exclusivo para disciplinar a matéria, que encontra guarida entre os artigos 79 a 103 da referida lei, onde o legislador muito embora classifique as modalidades de bens e defina algumas regras básicas, deixa de fixar um conceito para o tratado signo.

Diante da ausência de definição legal, busca-se auxílio nas lições de França⁴ que define bem como “a coisa que constitui ou pode constituir objeto de um direito”, Beviláquia⁵ ao seu turno, assevera que estes “constituem a parte positiva do patrimônio”. Por fim, Monteiro⁶ destaca que “bens são valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito”.

Assim, como se verifica da doutrina examinada, bem pode ser definido, de maneira geral, como todo e qualquer aspecto positivo que integre do patrimônio de uma pessoa. É certo, ainda, que os bens são gênero do qual se encontram diversas espécies, a

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

⁴ FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 79.

⁵ BEVILÁQUIA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1856. p. 209.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil* vol. 1. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198.



maioria dela citadas nos três capítulos e suas seções do Livro II do Código Civil, que tratam especificamente dos bens imóveis, móveis, fungíveis ou consumíveis, divisíveis, singulares ou coletivos, reciprocamente consideráveis ou públicos.

Todavia, ainda que o legislador tenha demonstrado a sua preocupação de dividir as especificidades de bens existentes no direito privado brasileiro, este não logrou êxito - se é que esta foi sua intenção - de esgotar as possibilidades de modalidades de bens que permeiam as relações jurídicas. Isto se nota, por exemplo quando da ausência de menção aos chamados bens incorpóreos, que por definição não podem nem serem considerados imóveis, por não preencherem o disposto no art. 79 do Código Civil⁷, tampouco móveis, uma vez que não podem ser movidos conforme definição do art. 82⁸ do mesmo Código, sequer se encaixarem no rol de bens equiparados aos móveis, descrito no artigo seguinte - posto que nem todo bem incorpóreo será uma forma de energia, conforme prevê o inc. I do art. 83-.

Em que pese o silêncio injustificado do legislador, eis que se está diante de uma legislação completamente reformada no ano de 2002, quando os bens incorpóreos já eram pacificamente aceitos no direito privado nacional, esta modalidade de bem não carece de aceitação jurídica, tanto na doutrina quanto nos tribunais.

Ainda, importante frisar que embora esta espécie de bem não encontre guarida expressa no texto expresso do Código Civil, o mesmo não ocorre em legislações esparsas, inclusive anteriores a edição do atual código, que preveem claramente subespécies de direitos incorpóreos, como ocorre, por exemplo, na Lei n. 9.610/1998 que trata dos direitos autorais

Quanto à aceitação dos tribunais também não se pode considerar sequer uma celeuma, ante a vasta aplicação e serena aplicação do direito a casos concretos que envolvam este tipo de bem, como se exemplifica pelo REsp n. 420303⁹ julgado em 06 de

⁷ Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

⁸ Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

⁹ PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TERMO DE PENHORA. ASSINATURA. REQUISITO INDISPENSÁVEL. PENHORA DE BENS INCORPÓREOS. IRRELEVÂNCIA. ART. 665, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I - Nos termos do art. 665-IV, CPC, é requisito indispensável do auto de penhora a nomeação do depositário do bem, assim como a assinatura no termo, independentemente da natureza do bem penhorado. II - A regular penhora antecede à intimação para apresentação dos embargos. III - Segundo artigo brocardo latino, ubi lex non distinguit nec interpres distinguere debet (STJ - REsp: 420303 SP



junho de 2002 pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, onde se aceitou sem maiores discussões a penhora de um bem incorpóreo.

No que tange a doutrina, colhe-se de Nader¹⁰ que tratando das várias subespécies de bens incorpóreos “todos são objetos de direitos subjetivos, mas apenas o que apresentam suporte corpóreo se enquadram na tipologia da parte geral”.

Quanto à definição desta espécie, Monteiro¹¹ assevera que os bens incorpóreos são aqueles que, “embora de existência abstrata ou ideal, são reconhecidos pela ordem jurídica, tendo para o homem valor econômico”. Já, França¹², tratando como bens imateriais - que pode ser considerado sinônimo para bens incorpóreos - assevera que estes “são objetos de direitos quando apresentam pelo menos um interesse moral”

Vencida a temática acerca da existência e validade jurídica dos bens incorpóreos, resta a esta pesquisa a definição de bens digitais, que são conceituados por Santos¹³ como sendo “uma espécie de *software* de computador que, como qualquer outro, é transmitido de uma máquina para outra na forma de fluxos de elétrons, denominados *bits*. Cada conjunto de oito *bits* forma um *byte*”

Gandini¹⁴, et al. por sua vez conceituam o documento eletrônico como aquele “que se encontra memorizado em forma digital, não perceptível para os seres humanos senão mediante intermediação de um computador. Nada mais é do que uma sequência de *bits*, que por meio de um programa computacional, mostrar-nos-á um fato.”

Pelo que se pode denotar do supra exposto, os arquivos digitais se encaixam à perfeição como subespécies de bens incorpóreos, segundo a definição deste signo, recém

2002/0031425-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO .TEIXEIRA, Data de Julgamento: 06/06/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.08.2002 p. 223)

¹⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil*, parte geral. Vol. 1. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 262.

¹¹ MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil* vol. 1. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 192.

¹² FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 98.

¹³ SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. *Bem digital - natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2014. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48246&seo=1>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

¹⁴ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. *A validade jurídica dos documentos digitais*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 9, maio 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4411&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 18 mar 2015.

Formatado: Fonte: Trebuchet MS

Formatado: Fonte parág. padrão,
Fonte: (Padrão) Trebuchet MS

3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2015



V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIDDI



27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

apresentada, razão que leva a conclusão lógica da possibilidade de sua proteção no âmbito do direito privado nacional.

Assim, ante a sua crescente utilização, os tribunais não perderam tempo em adaptar a sua jurisprudência, dando a este modo de armazenamento de arquivos o mesmo tratamento dispensado aos documentos físicos. É o que se percebe, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 8858911, de relatoria do Des. Victor Martim Batschke, prolatado em 3 de julho de 2002 na 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná¹⁵, que manteve decisão do magistrado “a quo” que determinou medida cautelar de busca e apreensão de arquivos digitais.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁶, embora tenha reformado a decisão atacada, levou em consideração a perda de arquivos digitais contendo fotografias dos autores como motivo para atrair ao réu o dever indenizar pelos danos morais sofridos pelos primeiros, conforme se verifica do julgamento da Apelação Cível n. 9181082302008826, de relatoria do des. Gilberto Leme, proferido em 15 de maio de 2012 pela 27ª Câmara de Direito Privado.

Não se pode esquecer do emblemático precedente datado do ano de 1998, no qual, muito embora versando sobre matéria tributária, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso

¹⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DISPONIBILIDADE DOS ARQUIVOS DIGITAIS DE DADOS CADASTRAIS. INFORMAÇÕES DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SCPC/SEPROC). TUTELA ANTECIPADA PARA O FORNECIMENTO DOS DADOS EM MÍDIA DIGITAL NO PRAZO DE 48:00 HORAS. ESTIPULAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº. 372 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 Nos termos da Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, na ação de exibição de documentos, não cabe à aplicação de multa cominatória. 2 Conforme entendimentos que ensejaram a Súmula 372, a busca e apreensão é a medida cabível para efetivar a exibição dos documentos, caso não seja atendida a ordem judicial. 3 As multas previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil são destinadas às ações cominatórias de obrigação de fazer e não fazer, não se alcançando, pois, a cautelar de exibição de documentos. (TJ-PR - AI: 8858911 PR 885891-1 (Acórdão), Relator: Victor Martim Batschke, Data de Julgamento: 03/07/2012, 6ª Câmara Cível)

¹⁶ PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FOTOS ARQUIVADAS EM CARTÃO DE MEMÓRIA DE CÂMERA FOTOGRÁFICA DIGITAL. GRAVAÇÃO EM CD (COMPACT DISC). ALEGAÇÃO DE QUE O ARQUIVO DE FOTOS FOI INDEVIDAMENTE APAGADO DO CARTÃO DE MEMÓRIA DURANTE A REALIZAÇÃO DE TAL SERVIÇO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Legitimidade do proprietário das fotos para figurar no polo ativo da demanda indenizatória. Prova testemunhal produzida nos autos que corrobora a alegação da ré de que o cartão de memória foi devolvido, ao autor, intacto com todos os arquivos. Ausência de prova de ter a ré praticado ato ilícito, que ensejasse a obrigação de indenizar. Recurso provido. (TJ-SP - APL: 9181082302008826 SP 9181082-30.2008.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 15/05/2012, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/05/2012).



Extraordinário n. 176626-3/SP¹⁷, diferenciou os *softwares* em bens ou serviços dependendo da escala de sua produção, de modo que em sendo produzido para atender uma demanda específica, seriam considerados serviços, ao passo que em sendo produzidos em larga escala, equiparar-se-iam aos bens corpóreos, do que chamou de “software de prateleira”, atendimento que persiste até hoje na jurisprudência nacional.

Diante do que se observa, os arquivos digitais, que cada vez mais fazem parte do cotidiano das pessoas, independem de maior regulamentação específica para serem admitidos no direito brasileiro, eis que encontram guarida como subespécies dos bens incorpóreos, e como tal devem receber a exata proteção que estes recebem, podendo ser objeto de negociação entre as pessoas e de defesa do Estado, quanto a ataques internos, pelo que se confirma a hipótese anteriormente apresentada.

2 POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE ARQUIVOS DIGITAIS “CAUSA MORTIS”

Em princípio, Venosa¹⁸ remete à ideia de que “como o direito subjetivo é poder outorgado a um titular, requer, portanto, um objeto”, que é “a base material sobre a qual se assenta o direito subjetivo, desenvolvendo o poder de fruição da pessoa, com o contato das coisas que nos cercam no mundo exterior”.

Nesse contexto, tudo o que pode proporcionar alguma utilidade deve ser considerado bem, que, no campo jurídico, é aquilo que possui valor. O Código Italiano, em seu art. 810, estabelece que “são bens todas as coisas que podem formar objetos jurídicos”¹⁹.

¹⁷ Programa de computador (“software”): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de “licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador” - matéria exclusiva da lide -, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo - como a do chamado ‘software de prateleira’ (off the shelf) - os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário n. RE-176626-3-SP. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. DJU. 11/12/98.).

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 313.

¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 314.



Ao longo da sua vida a pessoa acumula bens das mais diversas espécies que constituem todo o seu patrimônio, aqui não conceituado exclusivamente no que se refere ao seu suposto valor econômico. Com a morte, defere a lei a transferência de todo este acervo aos herdeiros legítimos e testamentários, consoante disposto no art. 1.784 do Código Civil²⁰.

O direito sucessório, constituído na possibilidade de transferir bens “causa mortis” é um dos corolários do direito de propriedade, para que esta justamente não fique despida do seu caráter de perpetuidade. Radbruch, citado por Diniz, assevera que “o direito sucessório assenta na ideia de uma hipotética harmonia preestabelecida entre o interesse individual e o interesse social, à semelhança do que ocorre com o direito de propriedade”²¹.

Ainda, juridicamente, a sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação que lhe advém de uma outra pessoa²². Para o presente estudo interessa a sucessão em sentido estrito, segundo a qual se transfere a outrem os direitos e obrigações de pessoa falecida. Isto é, transmite-se, com a morte, toda a universalidade de bens do “de cujus”, consoante o princípio da *saisine*.

Discordando, em parte, sobre o princípio da patrimonialidade, segundo o qual a herança se reveste apenas dos bens que interessam à sucessão devido ao seu valor patrimonial, Diniz assevera que o que se transfere “é aquilo que o ‘de cujus’ era titular, bem como as dívidas do falecido, as pretensões e ações contra ele, porque a herança compreende o ativo e o passivo; logo não é só a propriedade, no sentido estrito, que é transmitida aos herdeiros”, mas inclusive todos “os direitos, pretensões, ações, exceções de que era titular o defunto, se transmissíveis”.²³

Nesse sentido, Rodrigues²⁴ ressalta que a herança é um bem coletivo e universal, e defere-se como um todo e se mantém indiviso até que seja perfectibilizada a partilha, de modo que não importa quantos são os herdeiros, nem quais bens integram este acervo. Em

²⁰ BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015.

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro: Direito das sucessões*. 23. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 6.

²² PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 7.

²³ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

²⁴ RODRIGUES, Daniela Rosário. *Direito civil: família e sucessões*. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2009. p. 216.



outras palavras, essa transmissão autoriza que tudo o que pertencia ao falecido, ativa e passivamente, é integralmente repassado aos seus herdeiros legítimos ou testamentários.

Ancorando-se neste raciocínio doutrinário poder-se-ia presumir que todo o conjunto de bens transmite-se aos herdeiros, nele incluídos todos os bens classificáveis, pois certo é que o objeto da sucessão causa mortis é a herança, dada a mutação subjetiva do patrimônio do “de cujus”.

Entretanto, há que se ressaltar que nem todos os direitos e todas as obrigações do autor da herança são transmissíveis, seja em razão do seu caráter personalíssimo, encerrados com o óbito - como o poder familiar, a tutela, a curatela e os direitos políticos -, seja em função de serem bens e direitos patrimoniais de natureza obrigacional infungível. Bittar²⁵, a seu tempo, assevera que alguns direitos de personalidade da pessoa são transmissíveis após a morte, citando como exemplo os direitos patrimoniais do autor sobre sua obra literária, bem esse inserido na esfera dos incorpóreos.

Imbuído nessa perspectiva, Venosa assevera que a herança necessariamente é absorvida pelo conceito de patrimônio, que é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Segundo o autor, o patrimônio transmissível possui bens materiais e imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente, e não se confundem com os direitos personalíssimos extintos com a morte²⁶. Isto acontece porque o herdeiro não é representante do “de cujus”, pois sucede os seus bens e não a sua pessoa, assumindo apenas a titularidade das relações jurídicas patrimoniais do falecido.

Logo, concatenando as disposições doutrinárias sobre a matéria, de transmissão por herança se pode entender tudo aquilo que representar patrimônio para a pessoa, e considerando a definição de Monteiro, anteriormente destacada, no sentido de que bens incorpóreos têm reconhecido valor econômico para o contexto jurídico, há que se definir pela possibilidade de transferência de arquivos digitais do “de cujus” a seus herdeiros.

Isso é possível porque o avanço tecnológico interfere não só na vida dos indivíduos mas também na evolução do dinamismo jurídico em razão das novas relações decorrentes da modernização dos acontecimentos através da informática e da viabilização de fácil acesso à rede mundial de computadores. Negócios jurídicos podem ser perfectibilizados pela *internet* entre pessoas de nacionalidades distintas, transações bancárias realizadas

²⁵ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 13.

²⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 21.

[W1] Comentário: Por que a caixa alta?

[NCA2R1] Comentário: Podemos optar por itálico sem caixa alta? estrangeirismo rsrs



sem contato físico, os livros deixaram de ser expostos nas estantes de livrarias para abarrotarem as pastas de acervo digital, as fotografias antes distribuídas em álbuns físicos hoje são separadas e classificadas em arquivos de computadores, estão espalhadas pelos celulares, *tablets* e podem ser editadas ou excluídas com facilidade. Assim como acontece com as músicas, distribuídas em todos os dispositivos de mp3, *pen drives* e *HDs* para armazenamento de dados de computadores.

Atualmente há o compartilhamento de mídias que provocam a necessidade de os tribunais avaliarem o direito consumerista e a aplicabilidade nessas situações, sobretudo quando envolvem os direitos autorais da transmissão desses arquivos, muitos dos quais, inclusive, são adquiridos através do pagamento de preço estabelecido pelo fornecedor. Além disso, há outras formas de contratação via *internet* e cujos termos digitalmente estabelecidos conferem solidez à instrução probatória, consoante entendimento manifestado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo²⁷. Tudo pode ser encontrado no mundo virtual, perfazendo o patrimônio digital da pessoa. E por que não se objetivar a transmissão desses bens via sucessão “causa mortis”?

Empresas como o Google consideraram essas implicações da expansão de armazenamento de arquivos digitais com segurança na rede mundial de computadores, bem como a necessidade de se prever disposições de última vontade quanto ao conteúdo armazenado em contas de *e-mail*, e partir dessa preocupação disponibilizaram a seus usuários serviços como a *Gestão de Contas Inativas* e o *Testamento Virtual*, por meio dos quais se podem indicar até 10 pessoas para acessarem o material após um determinado período de inatividade, com isso permitindo visualização de imagens, mídias e arquivos armazenados em nuvem. Do mesmo modo, o usuário pode programar a desativação

²⁷ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS ORIGINAIS OU AUTENTICADOS. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Ausência de requisito legal que condicione a apresentação do original, ou cópia autenticada, do contrato que baseia a ação executiva. 2. Cédula de Crédito Bancário que traz na lateral a anotação de registro de documento eletrônico, no Ió Registro de Títulos e Documentos de Maceió/AL. Presunção relativa de veracidade, passível de impugnação pela parte interessada. Aplicação do disposto no artigo 365, VI, do Código de Processo Civil. 3. Decisão reformada. 4. Recurso provido. (Relator(a): Alexandre Lazzarini; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/08/2011; Data de registro: 22/09/2011)

3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2015



V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E
DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIIDI



27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

automática da sua conta em caso de falecimento, com isso excluindo definitivamente da rede qualquer resquícios de suas atividades desempenhadas no mundo virtual²⁸.

No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social.

Versando sobre a matéria, o Projeto de Lei n. 4099/2012, apresentado pelo Deputado Jorginho Mello, objetiva seja acrescentado ao Código Civil um parágrafo único ao art. 1.788, dispondo que “serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança”²⁹. E como justificativa para tanto, o referido parlamentar argumenta que chegam aos tribunais pátrios situações em que “as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenadas em serviços de *internet* e as soluções tem sido muito dispare, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas”.

Mais específico é o PL n. 4847/2012³⁰, do Deputado Marçal Filho, que pretende a inclusão do Capítulo II - A e os arts. 1.797 - A a 1.797 - C no Código Civil, disciplinando que a herança digital “defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual nas condições seguintes: senhas, redes sociais, contas da Internet, qualquer vem e serviço virtual de titularidade do falecido”, cabendo

²⁸ O que deve acontecer com suas fotos, e-mails e documentos quando você para de usar sua conta? O Google coloca você no controle. Você pode querer que seus dados sejam compartilhados com um amigo ou familiar confiável, ou pode querer que sua conta seja completamente excluída. Há muitas situações que podem impedi-lo de acessar ou usar sua conta do Google. Seja qual for a razão, damos a você a opção de decidir o que acontece com seus dados. Ao usar o Gerenciador de contas inativas, você pode decidir se e quando sua conta deve ser tratada como inativa, o que deve acontecer com seus dados e quem deve ser notificado. (Conteúdo disponível em: <<https://www.google.com/settings/account/inactive>>. Acesso em 13 mar 2015.)

²⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 4099/2012*. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 25 mar. 2015.

³⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei PL 4847/2012*. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>>.

Formatado: Fonte parágraf. padrão,
Fonte: Trebuchet MS, 10 pt

Formatado: Fonte: Trebuchet MS

Formatado: Fonte: Trebuchet MS,
10 pt

Formatado: Fonte: Trebuchet MS

Formatado: Fonte: Trebuchet MS,
10 pt

Formatado: Fonte: Trebuchet MS,
Cor da fonte: Vermelho



aos herdeiros a possibilidade de apagar os respectivos dados ou a totalidade das contas, e ainda transformá-las em memorial.

Essa última proposta de mudança legislativa merece um pouco mais de cuidado, porém, visto que interfere sobremaneira nas relações contratuais estabelecidas entre o falecido usuário dos provedores e as plataformas de redes sociais, além de conferir acesso amplo e irrestrito a todo o material armazenado e acessível exclusivamente através de senhas, visto que tal medida poderá ferir a intimidade e a privacidade do “de cujus” e terceiros envolvidos, além de obrigar o registro de testamentos específicos para proibir tal prática.

De todo o modo, apesar dos esforços da iniciativa legislativa, não há como se ignorar que o direito precisa evoluir conforme as transmutações do comportamento dos indivíduos que compõem a respectiva sociedade. Nesse viés, vislumbra-se não só a necessidade de o legislador inovar para poder garantir a estabilidade e segurança jurídicas, mas também de incluir a hipótese de apreciação pelo judiciário de questões controvertidas a respeito da classificação de quais tipos de bens que compõem o acervo digital poderiam ser transmitidos por herança.

A dúvida se faz pertinente porque há indistintamente arquivos suscetíveis de apreciação econômica, como mídias, músicas, filmes, blogs, sites, que representavam um conteúdo patrimonial para o “de cujus” e certamente deveriam ser transmitidos pela herança por simplesmente serem classificados como bens incorpóreos, consoante já explanado. De outro vértice, há outros materiais digitais que não representam nada além de expressão afetiva, que se não for alvo de disposição de última vontade do falecido, não poderão ser invadidos, sequer sob ordem judicial, sob pena de afronta ao princípio da privacidade consagrado na Constituição Federal, e cuja ilicitude configura violação da honra objetiva, passível de indenização.

3 DIREITOS DE PERSONALIDADE E DE PRIVACIDADE DO "DE CUJUS"

Em se tendo definindo a conceituação e classificação dos bens digitais como subespécies de bens incorpóreos, e assim, definindo-se a possibilidade de jurídica de sua transmissão pela via da “causa mortis”, mister para a análise que se propõe no presente



artigo, a discussão acerca da personalidade jurídica do “de cujus” no que tange à sua proteção mesmo após o óbito.

E neste contexto, Bittar³¹, ao se definir como naturalista, em oposição a teoria positivista que considera como direitos de personalidade aqueles assim arrolados pelo Estado, conceitua o direito de personalidade como direitos inatos, que devem ser tutelados independentemente de estarem previstos em rol estabelecido positivamente, devendo portanto serem tutelados pelo Estado contra o arbítrio do poder público ou às incursões particulares, caracterizando-os por fim, como direitos próprios da pessoa em si e aqueles referentes às suas projeções par ao mundo exterior.

Silva cita Pontes de Miranda³² para rechaçar o argumento do autor acima citado, replicando o trecho onde este afirma que os direitos de personalidades não são de fonte sobrenatural, mas sim decorrentes de sistemas jurídicos positivados pelo homem. O mesmo autor³³, então, conceitua os direitos de personalidade, aos que dá o sinônimo de direitos personalíssimos como “direitos que integram a própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, etc.”

Ao menos para o que se pretende na presente pesquisa, a celeuma entre naturalistas e positivistas não mostra relevância, eis que os direitos de personalidade aqui perseguidos, imagem, honra e intimidade, encontram menção expressa no ordenamento jurídico nacional, sendo inclusive gravados como garantias fundamentais do cidadão, junto ao inc. XX do art. 5º da Constituição Federal³⁴ que disciplina que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”

Quanto ao direito à intimidade, Bittar³⁵ esclarece que muito embora alguns vejam a intimidade como gênero de outros direitos que lhe seriam espécies, como honra e a

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 7-10.

³² SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. Ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003. p. 14.

³³ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. Ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003. p. 7.

³⁴ BRASIL. Constituição (1.988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1.988.

³⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 102.



imagem, este ao seu ver, deve ser visto de forma autônoma. Acerca de sua conceituação, então, Silva³⁶, estabelece uma compreensão social deste direito, assim o conceitua:

fenômeno sócio-psíquico, em que os valores vigentes em cada época e lugar exercem influência significativa sobre o indivíduo que em razão desses mesmos valores sente a necessidade de resguardar do conhecimento das outras pessoas aspectos mais particulares da sua vida.

Bittar³⁷, ainda que escrevendo no ano de 1989 já se manifestava em relação à crescente importância de defesa deste direito personalíssimo, fundamentando esta preocupação na “contínua expansão das técnicas de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com a necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o a exposição permanente perante públicos os mais distintos [...]”

A honra, por sua vez, além de previsão constitucional, possui ainda proteção internacional no âmbito dos direitos humanos, mais especificamente no art. 11 do Pacto de São José da Costa Rica³⁸, ratificada no Brasil pelo Decreto n. 678/92, e assim dispõe: “toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”.

No texto infraconstitucional interno, a honra também recebe proteção expressa, tanto na esfera penal junto ao capítulo V do título I da parte especial do Código Penal, que trata especificamente dos crimes contra a honra, quanto no âmbito civil, conforme texto do art. 20 do Código Civil³⁹.

Neste sentido, Farias e Rosenvald⁴⁰ definem a honra como “soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade”. Já Bittar⁴¹ aduz que “inerente à

³⁶ SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. Ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003. p. 41

³⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 103.

³⁸ BRASIL. Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1.992. *Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José)* celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set. 1.992.

³⁹ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7 ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 149.

⁴¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 125.



natureza humana e no mais profundo do seu interior (o reduto da dignidade), a honra acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte [...]”.

Diferenciando o direito a honra do direito à intimidade, abordado anteriormente, Silva⁴² explica que no que tange à honra, visa-se a proteção do seu prestígio social, com a divulgação de falsas imputações ou fatos desabonadores, ao passo que na intimidade busca-se a proteção da exposição desnecessária do cidadão, ainda que fundada em fatos reais.

Por fim, o direito à imagem é definido por Durval⁴³ como “a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens, mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior”. Bittar⁴⁴, ao seu turno, trata do direito a imagem, como aquele “que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.) que a individualizam no seio da coletividade.”

Comparando este direito aos demais direitos de personalidade, Bittar⁴⁵ explica:

Na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou a chamada “imagem moral” ou “conceitual”), à intimidade ou a outros valores da pessoa (uso torpe), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes (e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a meio para o alcance do fim visado).

Assim, como muito bem define o autor, o direito à imagem, muito embora seja direito autônomo entre as espécies de direitos a privacidade, pode ser utilizado como meio para a violação de outros direitos desta espécie, como se verifica em relação à honra, por exemplo, quando a imagem é utilizada para atingir a reputação de um cidadão, caso em que embora a violação a imagem seja meio, o que resta por fim maculada é a honra do sujeito.

Tem-se portanto, que tanto o direito à honra, quanto o direito à privacidade e por fim, o direito à imagem, são espécies inseridas no rol de direitos de personalidade, gozando de proteção expressa no texto constitucional, de forma que o Estado tem o dever

⁴² SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. Ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003. p. 85.

⁴³ DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo. Editora Saraiva. 1988. p.105.

⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 87.

⁴⁵ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 90.



de proteger o indivíduo, nestas áreas específicas de sua personalidade, de ataques tanto de particulares, quanto do Poder Público.

Para o que se pretende, deve-se estabelecer a temporariedade dos direitos acima abordados, de forma que no que tange ao termo “a quo” dos direitos de personalidade, Nader⁴⁶ destaca existirem duas correntes doutrinariamente defensáveis, sendo elas a teoria concepcionista, que é defendida por civilistas Freitas e Beviláquia entendendo que a personalidade iniciaria com a concepção. E de outro lado a corrente adotada pelo Código Civil, dita naturalista, segundo a qual a personalidade jurídica é adquirida com o nascimento com vida.

Muito embora o art. 2º do Código Civil⁴⁷ seja categórico ao condicionar a personalidade à teoria naturalista, o ordenamento jurídico não deixa de reconhecer direitos de nascituros, tanto no próprio código civil, na parte final do mesmo artigo, como em normas esparsas, pelo que se forma divergência acerca deste tema, divergência esta de interessante debate, mas que não se atentar de forma pormenorizada, eis que o foco perseguido é o termo “ad quem” dos direitos personalíssimos.

Desta forma, sobre o termo “ad quem” dos direitos de personalidade, Nader⁴⁸ é enfático ao afirmar que estes se extinguem com a morte ou ausência, opinião inclusive endossada pelo art. 6º do Código Civil⁴⁹. Já, Bittar⁵⁰ embora concorde que de maneira geral que estes terminam com a morte do titular, admite de outro lado, que isso não ocorre com alguns direitos dessa categoria, pelo que cita o direito à imagem, entre eles.

A chamada tutela de direitos de personalidade “post mortem” está prevista no Código Civil, junto ao parágrafo único do art. 21⁵¹, que dispõe que: “Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau”.

⁴⁶ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. Vol. 1. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 163-164.

⁴⁷ Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁴⁸ NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. Vol. 1. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. P. 164.

⁴⁹ Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

⁵⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 12-13.

⁵¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 mar 2015.



O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também reconhece a extensão dos direitos de personalidade após a morte do ofendido, conforme se verifica, por exemplo do REsp n. 697.141-MG, DJ 29/5/2006, REsp n. 521.697-RJ, DJ 20/3/2006, e REsp n. 348.388-RJ, DJ 8/11/2004, e REsp n. 913.131-BA, onde deixa claro o entendimento de que o direito, muito embora evocado pelos sucessores, não são oriundos da herança, mas direito próprio, conferido pelo parágrafo único do art. 12 do Código Civil, que lhes permite defender a imagem do ofendido. Mesmo entendimento foi seguido no julgamento da Apelação Cível n. 32770620078260543⁵², de relatoria do Des. Alexandre Lazzarini, proferido em 1º de janeiro de 2011, onde asseverando “Ato ilícito que importa em ofensa aos direitos de personalidade relativos ao nome, imagem e honra objetiva do de cujus. Danos morais caracterizados. Reconhecimento do dever de indenizar”, admitiu-se indiretamente a possibilidade de defesa da honra do falecido.

Ainda, especificamente quanto a tutela “post mortem” do direito à honra, observam Pamplona Filho e Gagliano⁵³ que “associada à natureza humana, a honra é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte.”

Pelo que se pode ver, a garantia de direitos personalíssimos do cidadão mesmo após a sua morte vem sido amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, contudo celeuma ainda existe no que tange ao titular deste direito, e aqui não se aborda a questão de legitimidade processual ativa, mas sim, de quem é a titularidade do direito perseguido, se do próprio “de cujus”, ou dos herdeiros, que teriam o seu próprio interesse de tutelar a honra de seu parente falecido.

⁵² INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME E DADOS PROFISSIONAIS DE PESSOA FALECIDA SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL CARACTERIZADO. OFENSA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. NOME, IMAGEM E HONRA EM SEU ASPECTO OBJETIVO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Caso em que restou caracterizada a utilização do nome e dados profissionais de pessoa falecida, em trabalhos assinados pelo réu como agrimensor, sem qualquer autorização, como mecanismo de captação de clientela. 2. Ato ilícito que importa em ofensa aos direitos de personalidade relativos ao nome, imagem e honra objetiva do de cujus. Danos morais caracterizados. Reconhecimento do dever de indenizar. 3. Sentença reformada para condenar o réu/apelado ao pagamento de indenização por danos morais, cujo valor deve observar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, além de atingir suas finalidades reparatória e sancionatória. 4. Apelação do espólio autor parcialmente provida. (TJ-SP - APL: 32770620078260543 SP 0003277-06.2007.8.26.0543, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 01/12/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/12/2011)

⁵³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral*. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173



Sobre o tema, Andrade⁵⁴ destaca que o Superior Tribunal de Justiça parece evitar o enfrentamento desta questão, optando por uma orientação finalística, conforme assevera com mais detalhados pormenores o citado autor:

Contudo, a decisão oscila entre duas tendências, pois de um lado reconhece a possibilidade de que o sucessor possa tutelar a imagem do parente falecido. De outro, afirma que pelo fato de a imagem da pessoa falecida "possuir efeitos econômico para além de sua morte, seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo". Evitando posicionar-se sobre uma teoria específica, o STJ opta por uma orientação finalística: o fato de a pessoa já haver falecido não retira de seus sucessores a possibilidade de resguardar a sua imagem, concedendo-lhe o direito à indenização. Nesse contexto, verifica-se que não está inviabilizada a caracterização dos direitos da personalidade como direito subjetivo.

Conquanto esta indefinição na jurisprudência possa parecer uma questão meramente teórica sem maiores consequências práticas, o fato é que esta pode acarretar em problemas efetivos, na medida em que os próprios herdeiros forem os violadores dos direitos de personalidade de seu parente falecido. Neste caso, carece de definição acerca da titularidade do direito de personalidade "post mortem", eis que esta é a chave para se definir se este direito pode ser exercido contra a vontade dos herdeiros ou não.

Assim, em se entendendo pela titularidade do próprio "de cujus", sua imagem poderia ser defendida por terceiros, ou quem sabe pelo Ministério Público, quando esta for objeto de ofensa pelos próprios herdeiros, ao passo que em se optando pela via transversa, o Estado não poderia agir em defesa dos interesses, eis que estes pertencem aos ofensores, que desta forma, tem o direito de prejudicar um direito próprio.

Esta problematização passará a ser melhor trabalhada no quinto ponto deste artigo, onde se confrontarão as teses levantadas neste sentido, para se chegar a uma definição para os fins desta pesquisa.

4 SOLUÇÃO DO CONFLITO ENTRE O PRINCÍPIO DA HERANÇA E DA PRIVACIDADE

⁵⁴ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tutela-dos-direitos-da-personalidade-no-direito-brasileiro-em-perspectiva-atual-protection->. Acesso em: 19. Mar. 2015.



Inicialmente, convém registrar que a presente abordagem não tem a ousada pretensão de esgotar a análise dos princípios constitucionais, mas, apenas, limitá-la aos dois princípios que se destacam para resolução dos questionamentos apresentados, quais sejam o direito à privacidade e o direito de herança.

Mas se ambos os direitos, da privacidade e da herança, estão inseridos em um mesmo contexto constitucional de proteção daquilo que representa a parte mais essencial da personalidade humana, e por isso mesmo, fundamentais em seu conteúdo, o questionamento é no sentido de como classificá-los em nível hierárquico de importância. Para se esclarecer esse ponto, socorre-se à ciência hermenêutica e de solução de choque de princípios, passando por uma superficial análise acerca dos direitos fundamentais.

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e em sua propriedade, conceituação que ainda é considerada atualmente pelos operadores jurídicos. Para se evitar a interferência estatal na liberdade do sujeito, cria-se mecanismos para repelir qualquer violação da sua esfera íntima, e até mesmo meios de se contra-atacar eventuais agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal⁵⁵.

Certo é que a dignidade humana concede integração entre os direitos e as garantias fundamentais, posto que inerente à personalidade. Tal fundamento, por conseguinte, “afasta a ideia de predomínio das concepções transpersonalistas do Estado e Nação em detrimento da liberdade individual”, na medida que a “dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, constituindo-se, por isso, em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico que clame por excelência deve assegurar”⁵⁶.

E é assim justamente porque os direitos fundamentais não se constituem basicamente como direitos do homem frente ao Estado ou a terceiros, mas como direitos

⁵⁵ SALET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 167.

⁵⁶ SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. *Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. Abr-jun./2011. p. 167.

3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2015



V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIDDI



27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

básicos consagrados nas Cartas Constitucionais, os quais relacionam-se diretamente com os vários objetivos do Estado Democrático, consoante Delgado⁵⁷.

Observa-se que o reconhecimento, bem como a proteção dos direitos fundamentais do homem, alcançou seu estágio atual de forma lenta e gradual, através de várias gerações, assim denominadas por terem sido construídas ao longo de diferentes momentos históricos. As gerações, logo, representam conquistas pela humanidade de ao menos três espécies de direitos fundamentais.⁵⁸

Bonavides explica que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade; “os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”⁵⁹. Já a segunda geração, originada na clamada igualdade à francesa, significa uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão e não mais para deixar de fazer alguma coisa, tratando-se de uma prestação positiva do Estado corresponde aos chamados direitos sociais, vislumbrados no Brasil a partir do art. 6º da Constituição Federal⁶⁰. E os direitos de terceira geração correspondem à solidariedade, que decorrem de uma sociedade já modernamente organizada que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização⁶¹.

Extraí-se, assim, que as garantias constitucionais revelam-se instrumentos de enorme importância dentro de um sistema normativo, posto que asseguram que os direitos contidos nas Constituições não caiam no vazio das esferas abstratas, mantendo o contato institucional com a realidade concreta, propiciando, desta forma, a fruição completa das liberdades humanas⁶².

⁵⁷ REBOLLO DELGADO, Lucrécio. *El Derecho Fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykison, 2000. p. 75.

⁵⁸ SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. *Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. Abr-jun./2011. p. 170.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros: 2000. p. 517.

⁶⁰ BRASIL. Constituição (1.988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1.988.

⁶¹ SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. *Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. Abr-jun./2011. p. 171

⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros: 2000. P. 481

3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2015



V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIDDI



27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

Para que atinjam sua finalidade, os direitos fundamentais recebem duas linhas de eficácia: horizontal e vertical; a primeira se realizando através da corrente contemporânea, segundo o qual são manifestação do direito privado e dali se exsurge a necessidade de se analisar a sua amplitude de incidência, ao passo que a vertical é referente ao direito de liberdade do indivíduo perante o Estado, de modo que os direitos fundamentais formam um grupo de direitos e serem exercidos contra uma entidade maior⁶³.

Em outros termos, a eficácia horizontal constituiria uma forma de desdobramento dos direitos fundamentais, já que estes não são dirigidos ao Estado, mas inclusive aos membros da sociedade.

Canotilho condicionou a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas à determinabilidade das normas, ou seja, que as mesmas contenham conteúdo em que se defina o âmbito de proteção de um direito fundamental e os respectivos efeitos jurídicos⁶⁴.

Seria diferente, porém, se diante de uma hipótese de conflito de uma norma de direito fundamental e um princípio de autonomia privada, por meio do qual se delinearía uma interpretação de acordo com o caso concreto, buscando-se uma resposta pautada na valorização dos direitos em análise, optando-se tanto quanto possível pelo não sacrifício dos direitos fundamentais.

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflitos, evitado o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua⁶⁵.

⁶³ FACHIN, Luiz Edson; Ruzyk, Carlos Eduardo Pranovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2006. p. 90-91.

⁶⁴ CARNOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 149.

⁶⁵ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 61



Ao abordar a eficácia da norma jurídica e a conduta conflitiva, Silva⁶⁶ disserta que:

A eficácia da norma jurídica tem como consequência automática o seu poder de gerar efeito jurídico, com maior ou menor grau, ou de maneira absoluta, ou plena, ou limitada, ou diferida, por meio de um comando, determinando um agir ou não agir, uma conduta positiva ou uma omissão, e neste caso com uma força paralisante da que é conflitante com o comando determinado.

Na espécie, está-se diante de um conflito de princípios constitucionais, partindo-se da análise de dois direitos fundamentais garantidos em um mesmo texto constitucional, havendo especial destaque o fato de que os direitos da personalidade, dentre eles o da privacidade, são inerentes ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Como ressalva Moraes, os direitos humanos e fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, sob pena de desrespeito a um verdadeiro estado de Direito. Isso é bem evidente ao passo que o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais⁶⁷.

Sem aprofundar-se acerca da importância dos direitos fundamentais, tampouco sobre as alternativas de interpretação em caso de conflito entre princípios contidos em um mesmo texto constitucional, passa-se a destacar o direito à privacidade e o direito de herança, que importam ao presente estudo.

Nesse tocante, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, no art. 5º, inc. X, estabelece que são 'invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação'. De um superficial estudo etimológico da palavra violação, extrai-se a origem do latim 'violare', ou seja, ultrajar, desonrar. Trata-se, pois, de uma disposição declaratória e assecuratória, visto que ao tempo em que

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000 p. 65.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2002. p. 39.



define a inviolabilidade dos direitos pessoais elencados no texto, também garante uma compensação em caso de descumprimento da norma.

Essa proteção constitucional da vida privada tem a finalidade precípua de reservar um limite para manutenção da intimidade, livre de interferências externas, realizadas de modo ilícito. Vida privada e intimidade, como abordado no tópico anterior, não se confundem, embora estejam profundamente interligadas. Aliás, a intimidade e a inviolabilidade da vida privada têm por objetivo assegurar o desenvolvimento pleno da personalidade.

Ademais, inevitável a consideração que tanto a intimidade quanto a vida privada são direitos fundamentais, que, nos dizeres de Sarlet⁶⁸, são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...] retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”.

Nesse rumo, aliás, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o direito à intimidade - que representa importante manifestação dos direitos da personalidade - qualifica-se como expressiva prerrogativa da ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada⁶⁹. Essa inviolabilidade, inclusive, foi reforçada pelo Código Civil⁷⁰.

De outro lado, a Constituição Federal também dispõe no capítulo dos direitos e garantias fundamentais sobre o direito de herança, especificamente no inc. XXX do art. 5º, e o Código Civil cuida do assunto em quatro títulos acerca do direito sucessório que compõem o Livro V, regulando o direito sucessório.

Apesar de prematuramente abordada no tópico de número dois do presente estudo, conveniente ressaltar o *status* constitucional conferido ao direito de herança, analisado pelo Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes⁷¹,

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 77.

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Segurança 23.669-DF*, Medida Liminar, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.04.2000, DJU 17.04.2000.

⁷⁰ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 526.



para quem esta proteção é uma garantia institucional e direito subjetivo. Esse caráter patrimonial envolvido assegura que o Estado não será destinatário do acervo reunido em vida pelo sujeito, a menos que incidente a respectiva hipótese legal.

Para Bulos⁷², assim como para Venosa⁷³, o conceito de herança e a previsão constitucional de sua proteção baseiam-se justamente na ideia de destaque de tudo aquilo que representa o patrimônio e sua importância. Em outros termos, o que não representar conteúdo econômico não é capaz de ser repassado aos herdeiros via “causa mortis”.

Em resumo, a herança, enquanto direito fundamental assegurado pela Carta Magna, garante ao sujeito a certeza do acesso à propriedade dos bens deixados pelo “de cujus”, na forma e nos termos prescritos pelo Código Civil, assegurando aos herdeiros legitimados a investitura na posse e propriedade desses bens, com todos os seus elementos e características.

Como visto, tanto o direito à privacidade, quanto o direito de herança, estão inseridos no art. 5º da Constituição Federal, e, em tese, mereceriam o mesmo tratamento jurídico. Todavia, diante de um caso concreto, há que se resolver o impasse com a preponderância do direito mais importante no que se refere à essência da dignidade humana. O patrimônio, como já abordado, não pode ser colocado em posição superior de proteção do que a honra, intimidade, e, via de consequência, privacidade do sujeito de direitos.

É oportuno acrescentar que Bellatoni e Benigni ressaltam que “o objeto do direito à reserva, à discricção e à vida privada tem como conteúdo o direito à exclusividade do conhecimento daquilo que atine à esfera pessoal, no senso que ninguém pode tomar conhecimento e nem revelar aquilo que de tal esfera o sujeito não deseja seja de conhecimento de outra pessoa”⁷⁴. Essa afirmação justifica-se ao ponto que, se atualmente é possível a qualquer pessoa testar livremente seus bens, inclusive, corpóreos, se fosse do seu real interesse repassar a qualquer legatário as informações mantidas reservadamente em vida, não haveria motivação para a discussão adentrar na esfera de transmissão de herança *causa mortis*.

⁷² BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 249.

⁷³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 249

⁷⁴ BELLATONI, Domenico e BENIGNI, Alessandro. *Lesione dei diritti della persona*. Padova: Cedam, 2007. p. 265.



Configura-se, na hipótese, a colisão entre os próprios direitos fundamentais “quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular.”⁷⁵ Na circunstância ora analisada, caberá ao intérprete utilizar o princípio da harmonização de forma a analisar os bens jurídicos em conflito, e promover a harmonia do texto constitucional, com sua finalidade precípua.

Para Reinaldo Filho,

Na tarefa de balancear direitos constitucionais em conflito, o julgador deve ter a percepção ou procurar identificar aquele que mais se aproxima de uma aceitação majoritária da sociedade. Em relação à atividade questionada, deve, ainda, se basear pelos critérios da razoabilidade e da severidade, deve estar especialmente atento para as transformações nas relações sociais da nova sociedade da informação⁷⁶.

Por esta linha de raciocínio, na colisão de direitos fundamentais (herança x privacidade), há que prevalecer aquele que melhor visa a garantia da dignidade da pessoa humana, na espécie consubstanciada na proteção da intimidade e da honra da pessoa falecida, já que embora a personalidade tenha se extinguido com a morte, merece especial proteção e não poderia ser violada pelos próprios titulares a quem a lei conferiu capacidade para pleitear essa proteção.

Neste ponto, é importante ressaltar que a celeuma acerca da proteção da imagem e da honra da pessoa, mesmo após a sua morte, deva ser decidida de forma a manter hígido o mais importante patrimônio - no sentido amplo - que este pode deixar não apenas para seus familiares, como para todas as gerações futuras, não se podendo admitir, que todo o zelo e esmero que alguém carregue ao longo da vida para construir uma imagem honrada perca completamente a proteção estatal imediatamente após a sua morte, deixando-a ao simples arbítrio de seus herdeiros - se é que esta pessoa terá herdeiros - que nem sempre guardam a mesma preocupação que o “de cujus” com os aspectos morais de suas vidas.

Por fim, ressalta-se que a intimidade e a privacidade inseridas nos meios de tecnologia situam-se numa linha tênue e têm limites frágeis, podendo ser rompidos com facilidade. Se, por um lado, a tecnologia trouxe comodidades, por outro, facilitou a

⁷⁵ CARNOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 657.

⁷⁶ REINALDO FILHO, Demócrito. *A privacidade da sociedade da informação*: Direito da Informática, temas polêmicos. São Paulo: Edipro, 2002. p. 39.



interferência na vida íntima das pessoas⁷⁷. Compete ao sistema jurídico, ao contrabalancear a preponderância do direito de herança e o direito à privacidade, conferir maior destaque a este, especialmente ao se considerar que, se fosse do desejo do “de cujus”, seu patrimônio digital não estaria protegido por mecanismos de segurança como senhas e armazenamentos em nuvens. Inclusive, o direito à privacidade e a intimidade, assim como os demais direitos da personalidade, são oponíveis “erga omnes”, “devendo a coletividade respeitá-los e o Estado assegurá-los”.⁷⁸

Ademais, ao encontro desse entendimento, o art. 3º da Lei n. 12.965/2014⁷⁹ disciplina o uso da *internet* no Brasil e tem, dentre outros, o princípio da proteção da privacidade, bem como dos dados pessoais. O art. 7º do respectivo diploma legal determina que ao usuário da *internet* são asseguradas a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, assim como a “inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela *internet*, salvo por ordem judicial, na forma da lei”. Do mesmo modo, o sobredito dispositivo assegura o direito à “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial”.

Por derradeiro, há que se analisar a questão com parcimônia e prudência, visto que na hipótese de os herdeiros pleitearem, nos autos do inventário, a concessão de alvará para acesso ao acervo digital do “de cujus”, será a medida judicial o único meio capaz de afastar a inviolabilidade das comunicações privadas, devendo o magistrado reservar especial preocupação, inclusive, com o direito de terceiros respectivamente envolvidos. A controvérsia, longe de restar superada, desenvolve-se em tramas outras que tornam imperiosa seja a legislação atualizada para contemplar essas consequências da modernização informática.

Logo, por tudo o quanto exposto, seja pelo resultado da aplicação da hermenêutica na interpretação dos princípios constitucionais e da preponderância daquele com maior relevância para a sociedade, ou ainda pela consideração da única legislação em

⁷⁷ BRANT, Cassio Augusto Barros. *Os direitos da personalidade na era da informática*. Revista de Direito Privado. Ano 11. n. 42. abr.-jun./2010. p. 20.

⁷⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2007. p.178.

⁷⁹ BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 de mar de 2015.



vigor que disciplina o uso da *internet* no Brasil, há que se preferir manter a privacidade do “de cujus”, e via de consequência, sua intimidade e de terceiros com quem eventualmente este mantinha relações, em detrimento do interesse dos respectivos herdeiros em acessar o acervo digital do falecido protegido por senhas e dispositivos de segurança.

CONCLUSÃO

Este estudo teve como objetivo esclarecer a possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cujus”. Num primeiro momento foi abordado que os bens digitais podem ser classificados como incorpóreos, conquanto não sejam disciplinados na lei vigente.

Também restou demonstrado a partir do exame dos conceitos doutrinários que o acervo digital do falecido pode constituir o conjunto de bens do espólio, porquanto materialmente disponíveis. Entretanto, em razão da supremacia dos direitos da personalidade, especialmente o de privacidade e intimidade, aliados à proteção da honra e consequentemente da dignidade humana, analisou-se qual a interpretação mais adequada entre esses princípios constitucionais, e a garantia de herança prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Para solucionar a controvérsia, restou evidenciada a técnica hermenêutica originada no princípio da concordância prática ou da harmonização, de modo a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, com a finalidade de promover uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua.

Em se tratando de garantias constitucionais revelam-se instrumentos de enorme importância dentro de um sistema normativo, por assegurarem que os direitos contidos nas Constituições não caiam no vazio das esferas abstratas. Logo, o presente estudo revelou que compete ao julgador, diante do pleito dos eventuais herdeiros do autor da herança, considerar com especial destaque a necessidade de proteger a honra do “de cujus” que não se extingue com a respectiva morte e término da personalidade, inclusive de terceiros eventualmente citados e envolvidos nos arquivos que compõem o acervo digital a que se



pretende repartir entre os sucessores.

Assim, foi possível concluir que a dignidade humana deve, sim, transcender o aspecto biológico de sua existência, de forma que os direitos individuais e humanos devem ser garantidos mesmo antes do nascimento e até mesmo o óbito de cada indivíduo, direitos estes que devem ser colocados em um patamar de importância superior ao do direito patrimonial dos herdeiros.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tutela-dos-direitos-da-personalidade-no-direito-brasileiro-em-perspectiva-atual-protection->. Acesso em: 19 mar. 2015.

BELLATONI, Domenico e BENIGNI, Alessandro. *Lesione dei diritti dela persona*. Padova: Cedam, 2007.

BEVILÁQUIA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1856.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros: 2000.

BRANT, Cassio Augusto Barros. *Os direitos da personalidade na era da informática*. Revista de Direito Privado. Ano 11. n. 42. abr.-jun./2010.

BRASIL. Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1.992. *Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José)* celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set. 1.992.

_____. Constituição (1.988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1.988.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 24 mar 2015.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. *Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 24 de mar de 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4099/2012. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 25 mar. 2015.

3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2015



V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIDDI



27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei PL 4847/2012. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Segurança 23.669-DF*, Medida Liminar, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.04.2000, DJU 17.04.2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo. Editora Saraiva. 1988.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pranovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: teoria geral*. 7 ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito Civil - Parte Geral*. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. *A validade jurídica dos documentos digitais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, III, n. 9, maio 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4411&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 18 mar 2015.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil*, vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil* vol. 1. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil, parte geral*. Vol. 1. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario. *Instituições de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense.

REBOLLO DELGADO, Lucrécio. *El Derecho Fundamental a la intimidad*. Madrid: Dykison, 2000.

3º CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE

EDIÇÃO 2015



V CONGRESSO IBEROAMERICANO DE INVESTIGADORES E
DOCENTES DE DIREITO E INFORMÁTICA - REDE CIDDI



27 a 29 de maio de 2015 - Santa Maria / RS

UFSM - Universidade Federal de Santa Maria

REINALDO FILHO, Demócrito. *A privacidade da sociedade da informação*: Direito da Informática, temas polêmicos. São Paulo: Edipro, 2002.

RODRIGUES, Daniela Rosário. *Direito civil*: família e sucessões. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

SALET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. *Bem digital - natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48246&seo=1>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*: de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. Ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. *Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. Abr-jun./2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*: direito das sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.