

Testamento virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento

Ana Luíza NEVARES*

RESUMO: Este artigo discorre sobre a forma de testar no Direito Brasileiro e seus desafios diante de uma rotina social cada vez mais digital. Nessa direção, parte-se do estado atual da jurisprudência, que tende a mitigar o rigor formal do testamento, para demonstrar como a pandemia do coronavírus acelerou o surgimento do testamento público digital. Todo esse cenário acentua os debates sobre como a era da comunicação virtual influencia o surgimento de manifestações de última vontade por meio de plataformas digitais e mídias sociais, sendo certo que o crescente acúmulo de bens e dados digitais levarão necessariamente à previsão de seu destino *post mortem*, não só pelos meios tradicionais dos atos de disposições de última vontade, como também pelas respectivas plataformas onde estão inseridos os referidos conteúdos digitais. Vale registrar que o exame ora proposto não descuida da distinção entre os conteúdos digitais de natureza patrimonial e existencial.

PALAVRAS-CHAVE: Testamento; herança digital; codicilo; manifestações de vontade *post mortem*; plataformas digitais.

SUMÁRIO: 1. O testamento e suas características. A forma para testar no Direito Brasileiro; – 2. A função da forma do testamento e a mitigação do rigor formal do ato. Disposições de última vontade em ambientes virtuais. A pandemia do coronavírus e o testamento público virtual; – 3. Notas sobre a herança digital. O que se esperar do futuro das disposições de última vontade?; – 4. Referências bibliográficas.

TITLE: *Virtual Will: Reflections on Digital Inheritance and the Future of Testament*

ABSTRACT: *This article aims to discuss how to test in Brazilian law and its challenges in the face of an increasingly digital social routine. In this sense, we start from the current state of jurisprudence, which tends to mitigate the formal rigor of the will, to demonstrate how the coronavirus pandemic accelerated the emergence of the digital public. This whole scenario accentuates the debates on how the era of virtual communication influences the emergence of last will manifestations through digital platforms and social media, being certain that the growing accumulation of digital assets and data will necessarily lead to the necessary forecast of your post-mortem destination, not only by the traditional acts of last will dispositions, but also by the respective platforms where the referred digital contents are inserted. It is worth noting that the examination now proposed does not neglect the distinction between digital content of a patrimonial and existential nature.*

KEYWORDS: *Testament; digital inheritance; codicil; post-mortem manifestations; digital platforms.*

CONTENTS: *1. The will and its characteristics. The way to test in Brazilian Law; – 2. The function of the form of the will and the mitigation of the formal rigor of the act. Provisions of last will in virtual environments. The coronavirus pandemic and the virtual public will; – 3. Notes on digital inheritance. What to expect from the future of the last will?; – 4. Bibliographic references.*

* Doutora e mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e Coordenadora pós-graduação lato sensu do Curso de Famílias e Sucessões da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogada.

1. O testamento e suas características. A forma para testar no direito brasileiro

A sucessão hereditária dá-se por lei ou por disposição de última vontade (CC, art. 1.786), sendo no primeiro caso conforme a ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.829) e no segundo conforme a manifestação de vontade do testador expressa a partir das disposições testamentárias. O testamento, portanto, é negócio jurídico que regula a sucessão de uma pessoa para o momento posterior à sua morte.

No regime do Código Civil, as disposições de bens para depois da morte só podem ocorrer pelo testamento ou codicilo. De fato, o Código Civil, ao contrário de outros ordenamentos jurídicos, não permite que seja objeto de contrato herança de pessoa viva, vedando de uma forma genérica os pactos sucessórios (CC, art. 426), ainda que existam previsões legais que os admitem (exemplo no CC, art. 1.028). Além disso, as doações *mortis causa*, admitidas no direito anterior em uma única hipótese, qual seja, quando feitas nos contratos antenupciais em benefício do cônjuge e de sua prole (CC16, art. 314), não foram previstas na vigente codificação.

O Código Civil de 1916 definia o testamento como o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe no todo ou em parte, de seu patrimônio, para depois da sua morte (CC16, art. 1.626). Tal conceito era considerado muito restrito, já que se limitava ao aspecto patrimonial do ato de última vontade, quando o testamento pode conter outras disposições de cunho não patrimonial, como o reconhecimento de filhos, a nomeação de tutor, o destino ao corpo do falecido ou uma disposição que simplesmente revogue o testamento anterior.

Na esteira da aludida crítica, o Código Civil não fornece conceito de testamento, estabelecendo apenas a sua função no ordenamento jurídico, qual seja, ato através do qual são instituídas disposições de última vontade, quer de cunho patrimonial, quer de cunho não patrimonial. Realmente, o testamento serve a diversos objetivos do testador, de natureza patrimonial ou não, tendo como elemento comum de suas disposições a eficácia *post mortem*.

O Código Civil, em seu art. 1.858, estabeleceu alguns caracteres do ato testamentário. Trata-se de ato personalíssimo, pois só pode emanar da vontade individual e única do testador, que deve ser declarada por ele próprio, não sendo admitido que a última vontade seja manifestada através de representantes, convencionais ou legais. Além

disso, determina, ainda, o citado art. 1.858 que o testamento pode ser mudado a qualquer tempo. Com efeito, o ato testamentário contém disposições de última vontade, só produzindo efeitos após a morte do testador, sendo certo que não importa o tempo decorrido entre o testamento e o óbito do disponente. Até tal evento, a vontade pode ser alterada e, por esta razão, o testamento é na sua essência um ato revogável.¹

Para a constituição do testamento, é preciso uma única manifestação de vontade, sendo por isso mesmo negócio jurídico unilateral. O testamento revela-se ainda negócio jurídico gratuito, configurando uma liberalidade.

Além disso, é ato formal, já que sua validade depende da forma prescrita na lei. Trata-se de forma *ad solemnitatem*, acarretando a nulidade do ato em caso de inobservância ou omissão de uma das solenidades estabelecidas na legislação civil para a cédula testamentária.

Importante registrar que as formas testamentárias são aquelas expressamente previstas na lei e cada modelo tem um conjunto de solenidades que o integra. Não é possível combinar as formalidades de cada espécie testamentária, criando um novo tipo de testamento. Uma vez escolhida a forma testamentária, devem ser observadas as solenidades próprias para aquele tipo de testamento, sob pena de nulidade do ato.

Dividem-se as formas testamentárias em ordinárias e especiais. As primeiras são aquelas que podem ser utilizadas por qualquer pessoa capaz. São testamentos ordinários o testamento público, o cerrado e o particular.

O testamento público é aquele celebrado perante tabelião de notas e na presença de duas testemunhas (CC, arts. 1.864 e seguintes). Uma vez celebrado, através de escritura pública, a cédula constará do livro do Cartório de Notas e, uma vez aberta a sucessão,

¹ Por força de expressa disposição legal, a declaração, inserida em cláusula testamentária, contendo o reconhecimento de filho é irrevogável (CC, art. 1.610). Dessa forma, mesmo revogado o testamento, a declaração se mostra insuscetível de revogabilidade, preservando-se a sua eficácia jurídica. Sobre a questão, vale referir, ainda, entendimento aprovado nas VIII Jornadas de Direito Civil quanto à ineficácia do rompimento do testamento em face de disposições de caráter extrapatrimonial, *in verbis*: “Enunciado 643 – Art. 1.973: O rompimento do testamento (art. 1.973 do Código Civil) se refere exclusivamente às disposições de caráter patrimonial, mantendo-se válidas e eficazes as de caráter extrapatrimonial, como o reconhecimento de filho e o perdão ao indigno”. Os exemplos citados no enunciado indicam disposições testamentárias irrevogáveis. No entanto, não se pode aplicar o referido entendimento para toda e qualquer disposição de natureza existencial. Aliás, o entendimento explicitado no enunciado merece ser revisto, uma vez que o exercício da autonomia privada na seara existencial é, em regra, revogável. De fato, contendo o testamento disposições, por exemplo, sobre aquele a quem caberá gerenciar uma conta de rede social ou sobre quem deve ser o tutor de seu filho, será este indubitavelmente revogável, podendo o testador a qualquer tempo mudar a sua vontade sobre as mencionadas deixas testamentárias.

qualquer interessado, exibindo o traslado ou a certidão de testamento público, poderá requerer ao juiz que ordene o seu cumprimento (CPC, art. 736).

Já o testamento cerrado configura ato jurídico complexo, uma vez que pressupõe dois momentos: o primeiro no qual o testador elabora a cédula testamentária e o segundo que consiste na aprovação de dita cédula pelo tabelião em solenidade que deve contar com a presença de duas testemunhas (CC, arts. 1.868 e seguintes). O auto de aprovação do testamento cerrado será lançado no Livro de Notas. Assim, depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue (CC, art. 1.874). Uma vez falecido o testador, será designada uma audiência para a abertura do testamento, sendo certo que, uma vez não encontrados vícios externos, o juiz determinará o seu cumprimento (CC, art. 1.875 e CPC, art. 735).

Por fim, o testamento particular é aquele escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico pelo próprio testador, na presença de pelo menos 03 (três testemunhas), que assinarão o ato em conjunto com o testador (CC, arts. 1.876 e seguintes). Aberta a sucessão, as testemunhas deverão confirmar em juízo a lavratura do ato, sendo certo que, se faltarem testemunhas, por morte ou ausência, e se pelo menos uma delas reconhecer o testamento, este poderá ser confirmado se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade (CC, art. 1.880, arts. 1.877 e 1.878). Pode-se afirmar que, no Brasil, comumente celebram-se testamentos públicos. Já os cerrados são os mais raros.

Os testamentos especiais são aqueles utilizados por pessoas capazes que estejam em determinadas situações excepcionais, estando impossibilitadas de testar por uma das formas ordinárias, compreendendo o testamento marítimo, o aeronáutico e o militar. Não se admitem outros testamentos especiais senão aqueles previstos na lei (CC, art. 1.887). De fato, em virtude das circunstâncias extraordinárias em que são elaborados, os testamentos especiais são caracterizados pela simplificação de suas formalidades, bem como pela sua caducidade após 90 (noventa) dias da cessação das circunstâncias excepcionais que o ensejaram (CC, arts. 1.891 e 1.895).

Vale ponderar que não há hierarquia entre as formas testamentárias. Qualquer testamento tem o mesmo valor, podendo o testamento particular revogar o público, ou o marítimo revogar o cerrado.²

² BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, vol. VI. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 5ª edição, 1944, p. 228.

2. A função da forma do testamento e a mitigação do rigor formal do ato. Disposições de última vontade em ambientes virtuais. A pandemia do coronavírus e o testamento público virtual

Como anteriormente afirmado, o testamento é negócio jurídico solene, pois sua validade depende da observância da forma estabelecida na lei para a exteriorização do ato (CC, art. 166, IV e V). Segundo tradicionalmente registrado em doutrina, as formalidades testamentárias têm tríplice função. A primeira delas é a função preventiva, pois pretende evitar que o testador seja vítima de captações, dolo, fraude ou violências. Já a segunda é a função probante, uma vez que pela forma assegura-se a demonstração da última vontade do testador. A forma do testamento desempenha, ainda, função executiva, eis que fornece aos beneficiários do testamento um instrumento para o exercício dos respectivos direitos.³

Com efeito, afirma-se que a forma dos atos negociais não pode ser um fim em si mesma, arbitrária e caprichosa. Essa deve ser disposta não para um propósito qualquer, mas para uma função que seja constitucionalmente apreciável.⁴ A manifestação da última vontade, através do testamento, constitui expressão da personalidade humana. Por este motivo, em virtude dos efeitos *causa mortis* do ato, as formalidades testamentárias atendem a interesses superiores do ordenamento jurídico, na medida em que garantem a espontaneidade da manifestação da última vontade e a sua fiel execução quando da abertura da sucessão, em estreita conexão com a tutela da dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III).

Por sua importância jurídica e por não mais ser possível esclarecer a vontade do testador, qualquer omissão ou imprecisão nas formalidades previstas na lei para o testamento acarretará a sua nulidade. Tal aspecto suscita verdadeiro conflito entre interesses juridicamente relevantes: as formalidades testamentárias são instituídas para garantir a vontade do testador, que por vezes resta prejudicada justamente por não se terem observado algumas das solenidades previstas para a validade do testamento.

Por esta razão, em diversas situações, o rigor das formas testamentárias resta atenuado, quando se mostra inequívoca a higidez da manifestação de vontade do testador, privilegiando-se o princípio do *favor testamentis*. Nesta direção, o Superior Tribunal

³ GONÇALVES, Luís da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. vol. IX, t. II, n. 1.352, 2ª ed., p. 595.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*. Napoli: ESI, 1999, p. 61.

de Justiça manifesta-se reiteradamente no sentido de que “todas essas formalidades não podem ser consideradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada, em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam - razão mesma de ser do testamento -, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicitar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos”.⁵

De fato, basta uma simples pesquisa de jurisprudência no sítio do aludido tribunal superior, com as expressões *testamento* e *rigor e formal*, para verificar as inúmeras decisões nessa direção⁶, valendo a título de exemplo mencionar aresto que confirmou a validade de testamento público em relação ao qual existiu claro vício de forma, qual seja, o fato de as testemunhas instrumentárias não terem presenciado o ato, sendo funcionárias do Cartório, apondo suas respectivas assinaturas no documento posteriormente, tendo restado comprovada a reiterada atuação antijurídica da Tabeliã.⁷

Além disso, o próprio Código Civil parece admitir a mitigação da forma do testamento, ao prever, em seu art. 1.859, que o direito de impugnar a validade do ato extingue-se em cinco anos. Sem dúvida, esta disposição suscita dúvidas quanto à absoluta e infalível inderrogabilidade das normas que estabelecem formalidades necessárias à validade e eficácia do testamento, já que a opção do legislador, diante do dispositivo mencionado, foi o convalidamento do testamento nulo pelo decurso do tempo em prol da segurança das relações jurídicas.⁸

A atenuação do rigor formal do testamento acaba por provocar uma insegurança jurídica sobre as solenidades que devem ser consideradas essenciais e aquelas que podem ser mitigadas. A questão resta ainda mais instigante quando a comunicação entre os indivíduos vem se dando cada vez mais na forma virtual e, ainda, quando as pessoas vêm acumulando cada vez mais bens digitais através de plataformas específicas, estando na ordem do dia a proteção de dados pessoais, sendo exemplos do

⁵ STJ, 4ª T, REsp. nº 302767/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 24/09/2001.

⁶ "(...). Ambas as Turmas da 2ª Seção desta Corte Superior têm contemporizado o rigor formal do testamento, reputando-o válido sempre que encerrar a real vontade do testador, manifestada de modo livre e consciente, como reconhecido pelo acórdão recorrido" (AgRg nos EAREsp 365.011/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 28/10/2015, DJe 20/11/2015) (...). AgInt nos EDcl no REsp 1370897 / RS, Agravo Interno nos Embargos de Declaração do Recurso Especial, 2013/0057889-8, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julg. em 10.10.2019, DJe 15.10.2019.

⁷ STJ, REsp 1419726/SC, REsp 1419726 / SC, 3ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julg. em 09.12.2014, DJe RSTJ vol. 236, p. 455.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., pp. 18/19.

ora assinalado as recentes Leis 12.695/14 (Marco Civil da Internet) e Lei nº 14.010/20 (Lei Geral de Proteção de Dados).

De fato, inúmeras são as redes sociais e hospedeiros de sites onde as pessoas armazenam fotos, vídeos, textos e outras mídias, sem falar em ativos digitais de valor econômico como milhas que são trocadas por passagens aéreas, programas de pontos de Bancos pelo uso do cartão de crédito que admitem seu uso em várias compras e, ainda, os denominados *cash backs*, ou seja, programas de recompensas por reembolso de parte do valor pago numa compra. Com a morte de uma pessoa, surge o problema do destino de suas informações e bens digitais, que tanto podem representar a memória do ente querido falecido, como também representar recursos econômicos.

A problemática em torno da questão passa pela própria desorganização da armazenagem das informações digitais, bem como pela ausência de lei específica sobre o tema. Não raro, encontram-se casos nos quais a família da pessoa falecida trava batalhas judiciais para ter acesso ao site ou ao perfil de seu ente querido na internet, nem sempre com razão, em virtude da necessidade de se tutelar a personalidade da pessoa falecida diante do que se passou a chamar de “herança digital”.⁹

Por esta razão, redes sociais e hospedeiros de sites têm desenvolvido ferramentas através das quais a pessoa determina o destino de suas informações digitais em caso de morte. A título de exemplo, vale citar a possibilidade de nomeação de pessoas de confiança que poderão ter acesso às informações digitais, determinando o que fazer com tais dados (como, por exemplo, transformar um perfil em memorial ou simplesmente desativar a

⁹ “A fumaça do bom direito ou plausibilidade do direito invocado está consubstanciada na existência de procedimento administrativo referente a exclusão da conta de pessoa falecida por pessoa da família, o qual já foi buscado via on-line pela autora, mas até o momento não obteve êxito, como se vê pelo documentos de fls.15 e 20/21. O perigo na demora está consubstanciado no direito da personalidade, tanto da pessoa morta quanto da mãe (art. 12, parágrafo único, do CC), sanando o sofrimento decorrente da transformação do perfil em “muro de lamentações”, o que ataca diretamente o direito à dignidade da pessoa humana da genitora, que além do enorme sofrimento decorrente da perda prematura de sua única filha, ainda tem que conviver com pessoas que cultivam a morte e o sofrimento. Se não bastasse, os comentários poderão até se transformarem em ofensas à personalidade da pessoa já falecida, pois estão disponíveis livremente aos usuários do Facebook. Assim, a autora possui legitimidade para pleitear o bem da vida consistente na exclusão do perfil de sua falecida filha do Facebook, razão pela qual o pedido liminar deve ser acolhido. Posto isso, DEFIRO o pedido liminar para determinar que seja excluído o perfil URL:<http://facebook.com/quadrado!/juliana.ribeirocampos?fref=ts> pertencente a Juliana Ribeiro Campos do Facebook Serviços On Line do Brasil Ltda, conforme documento de fl. 12, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a quinze dias, em caso de descumprimento da medida, que desde já estabeleço.” (TJ/MS, 1ª Vara do Juizado Especial Central de Campo Grande, Processo nº 0001007-27.2013.8.12.0110, Juíza Vânia de Paula Arantes, j. 19.03.2013).

conta da rede social),¹⁰ bem como empresas de armazenamento de dados como senhas, PINS, códigos e logins, que permitem o acesso dos herdeiros a essas informações após a morte de seu titular.¹¹ Além disso, existem sites que enviam

¹⁰ A rede social *Facebook*, por exemplo, prevê a possibilidade de ser nomeado um contato herdeiro. Trata-se da pessoa que é escolhida para cuidar da conta da pessoa falecida se ela for transformada em memorial. Uma vez adicionado um contato herdeiro, este poderá: (i) escrever uma publicação fixada no perfil da pessoa falecida (por exemplo, para compartilhar uma mensagem final em seu nome ou fornecer informações sobre o funeral), (ii) ver publicações, mesmo que o usuário tenha configurado sua privacidade como *Somente eu*, (iii) decidir quem pode ver e publicar homenagens, se a conta transformada em memorial tiver uma área para isso, (iv) excluir publicações de homenagens, (v) alterar quem pode ver as publicações em que o usuário está marcado, (vi) remover as marcações do usuário publicadas por outra pessoa, (vii) responder a novas solicitações de amizade (por exemplo, amigos de longa data ou membros da família que ainda não estavam no Facebook), (viii) atualizar a foto do perfil e a foto da capa, (ix) solicitar a remoção da conta, (x) caso tenha ativado a análise da linha do tempo, o contato herdeiro poderá desativar a exigência de análise de publicações e de marcações antes que elas apareçam na seção de homenagens, (xi) baixar uma cópia do que o usuário compartilhou no Facebook. Resta indicado na página da aludida rede social que outros recursos poderão ser adicionados para os contatos herdeiros no futuro. O contato herdeiro não poderá: (i) entrar na conta do usuário; (ii) ler as mensagens do usuário, (iii) remover amigos ou fazer novas solicitações de amizade. Para a nomeação de um contato herdeiro, o usuário deve ter 18 anos ou mais (Disponível em: <https://www.facebook.com/help/1568013990080948>. Acesso em: 12.09.2020).

¹¹ <https://www.securesafe.com/en/news/data-inheritance-valuable-help-for-loved-ones>. Acesso em 18.10.2020. Lê-se no referido sítio eletrônico: Herança de dados: ajuda valiosa para entes queridos: No mundo de hoje, usamos mídias sociais, e-mails, blogs e outras soluções em nuvem diariamente. Seja consciente ou inconscientemente, estamos construindo um legado digital complexo por meio do uso de vários serviços digitais ao longo dos anos. Por esse motivo, SecureSafe oferece um recurso especial, que ajuda os entes queridos a colocar o fantasma digital de um membro da família falecido para descansar - a herança de dados. A herança de dados ajuda os entes queridos, que perderam um membro da família ou uma pessoa próxima a eles, a gerenciar documentos digitais importantes e dados de login, que pertenciam ao falecido. Dessa forma, os entes queridos podem deletar ou desativar os perfis dos que partiram nas redes sociais ou outras contas. Os cônjuges ou companheiros também podem herdar informações importantes, que lhes permitem acessar contas bancárias, apólices de seguro e outros ativos compartilhados essenciais. Dessa forma, não será negado a um ente querido o acesso a um importante apoio econômico ou jurídico ao lidar com a perda de seu marido ou esposa. Além disso, os parceiros de negócios usam a herança de dados para permitir que seus parceiros profissionais tenham acesso a documentos confidenciais ou para passar informações sobre processos vitais de negócios, caso algo aconteça com eles. Qualquer cliente SecureSafe pode ativar a herança de dados de sua conta online. A visão geral a seguir mostra como o processo de herança de dados é executado no caso de falecimento do proprietário de uma conta SecureSafe. Processo de herança de dados: 1. Se o proprietário de uma conta SecureSafe (que configurou a herança de dados) morre ou fica incapacitado, um procedimento de várias etapas segue para garantir a transferência segura de documentos digitais, arquivos e senhas de acordo com os desejos do falecido; 2. O chamado ativador autorizado inicia o processo de herança de dados com a ajuda de um código de ativação, que ele ou ela recebeu do proprietário da conta na forma de um PDF ou folha de papel impressa. Este documento inclui um código exclusivo de 36 dígitos junto com instruções sobre como proceder. O ativador autorizado é uma pessoa considerada confiável e escolhida pelo falecido. Frequentemente, será um membro da família, cônjuge ou amigo muito próximo do falecido; 3. Uma vez que o código de ativação foi usado, o tempo de atraso de proteção predefinido começa a funcionar como uma medida de segurança. O tempo de atraso de proteção é colocado em prática para garantir que a ativação do processo de herança de dados não ocorra contra a vontade do proprietário da conta SecureSafe. Neste período, que é definido pelo proprietário da conta, SecureSafe envia e-mails e mensagens SMS para o proprietário da conta e informa sobre a ativação da herança de dados. Se a ativação do processo de herança de dados estiver acontecendo contra a vontade do proprietário da conta, ele ou ela pode simplesmente fazer login em sua conta para interromper o processo. 4. Uma vez que o período de atraso de proteção tenha expirado, todos os beneficiários predefinidos receberão um e-mail / mensagem SMS da SecureSafe. Aqui, eles são informados de que um ente querido passou ativos digitais para eles. Além das instruções sobre como proceder, os beneficiários recebem um nome de usuário junto com uma mensagem pessoal do antigo proprietário da conta SecureSafe - desde que ele tenha escrito tal mensagem. Os beneficiários também recebem uma senha pessoal e exclusiva da conta em uma mensagem SMS separada. 5. Se um beneficiário seguir as instruções fornecidas e usar o nome de usuário e a senha fornecidos para fazer o login no SecureSafe, ele terá acesso a todos os arquivos e senhas que o falecido atribuiu a ele - apenas os arquivos que o falecido disponibilizou serão colocados à disposição de um beneficiário. 6. Neste ponto do processo, a conta original do falecido será bloqueada e completamente excluída alguns dias depois. Assim, todos os dados que o falecido não atribuiu a um determinado beneficiário desaparecerão completamente uma vez que a herança de dados tenha ocorrido. Esteja ciente: se você deseja testar a herança de dados, recomendamos que crie uma conta de teste gratuita, que não contém dados importantes. Isso o protegerá de bloquear e excluir involuntariamente sua conta SecureSafe real (consulte a etapa 6 acima).

mensagens para pessoas determinadas por aquele que contrata o aludido serviço, a partir de sua morte, que podem ter conteúdos variados.¹²

Foi nesse cenário fático, com discussões sobre as formalidades testamentárias e a herança digital que se iniciou a pandemia do coronavírus. O mundo, então, passou a vivenciar um momento de isolamento social, com restrições para sair de casa e interagir socialmente com outras pessoas. Diante disso, aqueles que desejavam planejar a sua sucessão hereditária não podiam recorrer às modalidades de testamentos ordinários previstas na lei, já que todas elas pressupõem a presença do testador em conjunto com outras pessoas, não sendo adequadas em momento em que as autoridades públicas recomendam o distanciamento em virtude de uma pandemia viral, sendo certo que a situação descrita não se encaixa nas espécies de testamentos especiais previstas na lei.

Diante disso, com toda a razão, passou-se a invocar o disposto no art. 1.879 do Código Civil. Dito dispositivo prevê que, a critério do juiz, podem ser admitidos testamentos escritos sem a presença de testemunhas, se o testador se encontrar em circunstâncias excepcionais que sejam *expressamente declaradas na cédula*. Este artigo está previsto no capítulo referente aos testamentos particulares, sendo, portanto, um testamento ordinário, que por se referir a *circunstâncias excepcionais* de forma ampla, pode ser utilizado em diversas situações. Aliás, *de lege ferenda*, todos os testamentos especiais deveriam se resumir ao previsto no citado artigo 1.879, uma vez que não se conhecem no Direito Brasileiro hipóteses de testamentos marítimos, aeronáuticos ou militares.

É verdade que a confirmação do referido testamento dependerá de crivo judicial, ficando a critério do juiz avaliar a possibilidade de sua eficácia. No entanto, a situação vivenciada de pandemia viral se encaixa perfeitamente na hipótese do

¹² <http://ifidie.org/> acesso em 18.10.2020, onde se lê: if i die.org oferece uma maneira de escrever notas que só serão entregues se você morrer. O serviço é gratuito, fácil de usar e totalmente seguro. Use este site para deixar instruções sobre o que fazer com seus animais de estimação e diários, para escrever cartas às pessoas de quem você gosta ou para qualquer outra coisa que desejar. Não é tão mórbido ou assustador quanto você pensa; é uma maneira fácil de se preparar caso algo totalmente inesperado aconteça. O site fornece os seguintes exemplos, a saber, (i) uma carta para um amigo, para dizer algo pessoal; (ii) instruções simples, como ler ou não seu diário, o que fazer com o seu gato, onde seus documentos são guardados, (iii) senhas, como fazer login em seu computador, como acessar seu catálogo de endereços e (iv) uma vontade informal, para que seus parentes mais próximos saibam o que fazer com suas coisas.

citado art. 1.879 do Código Civil, razão pela qual deverá o Judiciário ter sensibilidade em analisar as situações que se descortinarem à luz desse momento.¹³

Apesar de existir na lei dispositivo a socorrer a hipótese, começou-se a questionar o motivo pelo qual não se poderia lavrar um testamento em formato digital, ainda mais quando o cenário da jurisprudência é aquele de atenuação do rigor formal do ato de última vontade. No início da pandemia, alguns Estados passaram a regular a prática de atos e a recepção de documentos de forma remota e eletrônica nos Serviços Notariais e de Registros, como ocorreu no Estado do Rio de Janeiro, com o provimento 31/2020, mas nada dispunham sobre a possibilidade de lavrar testamentos de forma remota ou mediante assinatura digital ou leitura virtual.

Em virtude das inúmeras inquietações sobre a prática de atos notariais em âmbito virtual, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 100, de 26 de maio de 2020, que estabelece normas gerais sobre a prática de atos notariais eletrônicos em todos os tabelionatos de notas do País. Em suas considerações, dito provimento estabelece que os atos notariais previstos no Código Civil e na Lei 8.935/94, art. 41, poderão ser prestados por meio eletrônico. Entende-se, assim, que, uma vez tendo o testador e as testemunhas certificado digital, poderá o Tabelionato lavrar testamento público na forma eletrônica, valendo-se do sistema e-Notariado. Neste caso, haverá a captura em vídeo do ato de testar e a coleta das assinaturas do testador, das testemunhas e do Tabelião por meio do certificado digital.

Não há dúvida de que a vivência de uma pandemia viral, que atingiu todo o mundo, ensejará mudanças no modo de viver da sociedade. Acredita-se que cada vez mais se recorrerá aos meios de comunicação e interação virtuais. Se até a chegada do coronavírus era comum o deslocamento entre cidades para uma reunião, por exemplo, após a intimidade com as plataformas digitais imposta pela pandemia, muitos

¹³ Vale registrar que apesar de o art. 1.879 do Código Civil nada dispor sobre a caducidade do testamento em virtude da cessação das circunstâncias excepcionais que o ensejaram, boa doutrina considera que se aplica ao caso o aludido prazo de 90 (noventa) dias previsto nos artigos 1.891 e 1.895 do Código Civil, relativos, respectivamente, aos testamentos marítimos e aeronáuticos e militares. Nesse sentido, foi aprovado o enunciado nº 611 nas VII Jornadas de Direito Civil, ocorridas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, assim ementado: “O testamento hológrafo simplificado, previsto no art. 1.879 do Código Civil, perderá sua eficácia se, nos 90 dias subsequentes ao fim das circunstâncias excepcionais que autorizaram a sua confecção, o disponente, podendo fazê-lo, não testar por uma das formas testamentárias ordinárias”. A prevalecer o referido entendimento, se o testador não falecer no curso do isolamento social e nem nos 90 (noventa) dias subsequentes, o referido testamento particular excepcional caducará. Por conseguinte, dito ato deverá ser reproduzido por uma das formas ordinárias tão logo as autoridades públicas admitam o fim do isolamento social, sem prejuízo de se defender o oposto, já que o art. 1.879 está inserido dentre os testamentos ordinários.

encontros não mais ocorrerão em formato presencial, até pelos custos envolvidos em uma e em outra modalidade de interação.

Especificamente quanto ao testamento no Brasil, como acima explicitado, muito antes da pandemia, já vinha ocorrendo na jurisprudência uma flexibilização do rigor das formalidades testamentárias, na esteira de um movimento de simplificação da forma do ato de última vontade, operado pelas disposições do Código Civil, que em comparação com o Diploma de 1916, diminuiu as solenidades de cada tipo testamentário, prevendo, ainda, o citado artigo 1.879, que instituiu um testamento sem testemunhas em circunstâncias excepcionais.

A necessidade de se repensar o rigor formal do ato testamentário restou ainda mais evidente diante da pandemia ocasionada pelo coronavírus, resultando no mencionado Provimento nº 100, editado pelo Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a possibilidade de o testamento público ser lavrado em ambiente virtual, através da plataforma do e-notariado, a partir da utilização de certificados digitais.

No entanto, pode-se pensar em ir além? Poder-se-ia admitir um testamento escrito no bloco de notas do celular, enviado via mensagem eletrônica ou encaminhado pelas redes sociais para grupo de amigos ou familiares? Valeria como disposição de última vontade uma mensagem escrita num grupo de família do Whatsapp?

3. Notas sobre a herança digital. O que se esperar do futuro das disposições de última vontade?

Como já assinalado, a existência do que hoje se denomina herança digital impulsionou manifestações de últimas vontades em ambientes virtuais, como ocorre com o Facebook e o Google¹⁴. É verdade que a questão da transmissibilidade dos bens e dados digitais tem sido objeto de intenso debate, valendo registrar que a Lei nº 12.965/14, o

¹⁴ O Google disponibiliza o *Gerenciador de contas inativas*, que é uma forma de os usuários compartilharem partes dos dados das contas deles ou notificarem alguém caso as contas fiquem inativas por um determinado período de tempo. Como foi possível apurar no site da referida empresa de serviços online, esta identifica por determinados sinais (últimos logins, atividade recente do usuário na página Minha atividade, o uso do Gmail (por exemplo, o app Gmail no smartphone) e check-ins no Android, se a conta se tornou inativa. Para esta hipótese, o usuário pode ter indicado um *contato de confiança*, que receberá uma notificação quando sua conta ficar inativa. Neste caso, o contato de confiança receberá um e-mail com a linha de assunto e o conteúdo que o usuário escreveu durante a configuração. O Google adicionará uma nota de rodapé a esse e-mail, explicando que foi instruído a enviá-lo em nome do usuário depois que tivesse parado de usar sua conta. O usuário pode, ainda, optar por compartilhar dados com seu contato de confiança e, assim, este último receberá uma lista dos dados passíveis de compartilhamento com um link para o respectivo download (Disponível em: <https://support.google.com/accounts/answer/3036546>. Acesso em: 12.09.2020).

Marco Civil da Internet, e a Lei nº 13.709/18, Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), nada dispuseram de forma específica sobre o destino dos bens e dados digitais *post mortem*.

A Lei 13.709/18, em seus artigos 15 e 16, prevê hipóteses para o término do tratamento de dados. No entanto, não resta claro se a morte do usuário estaria englobada nos dispositivos referidos, valendo registrar a opinião daqueles que veem a lei como destinada apenas à proteção de dados pessoais de indivíduos vivos, por força do disposto em seu artigo 1º, que enuncia como objetivo "*proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural*". Nessa direção, sendo a morte o momento de extinção da personalidade da pessoa, à luz do que dispõe o artigo 6º do Código Civil, a proteção recairia apenas sobre os dados pessoais de pessoas vivas.¹⁵

Essa, no entanto, não parece ser a melhor interpretação da LGPD, na medida em que a personalidade do indivíduo se projeta para além da morte, sendo clara a posição do Código Civil quanto à sua defesa mesmo após o falecimento da pessoa natural, como pode ser verificado no disposto no parágrafo único do art. 12 do aludido diploma codificado. Assim, os princípios do respeito à privacidade, a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem e todos os demais assinalados no art. 2º da Lei 13.709/18 devem informar a proteção dos dados digitais de pessoas falecidas.

Por força do ora exposto e diante dos debates sobre a questão, em que de um lado posicionam-se aqueles que defendem a regra da transmissibilidade da herança digital como um todo, não diferenciando os conteúdos patrimoniais e existenciais, ponderando, ainda, que dessa forma resta reforçada a autonomia privada dos usuários das redes sociais, ao lhes ser assegurado o poder de decidir livremente "quem pode – ou não – ter acesso ao legado digital armazenado no mundo virtual", privilegiando-se, dessa forma, não só a autonomia privada como a responsabilidade do autor do legado digital, "em solução harmônica com o sistema sucessório",¹⁶ e de outro os que defendem que são transmissíveis apenas os dados e bens de conteúdo patrimonial,

¹⁵ CHIZZOTTI, Camila e KRAMEL, Karim. A proteção dos dados pessoais das pessoas falecidas. <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/chizzotti-kramel-protECAo-dados-pessoas-falecidas>. Acesso em 15.10.2020.

¹⁶ SCHERTEL FERREIRA MENDES, Laura e NUNES FRITZ, Karina. *Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital*. Porto Alegre: RDU, volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019.

devendo ser os dados de natureza existencial tutelados à luz dos direitos da personalidade,¹⁷ deve prevalecer o que preconiza este segundo posicionamento.

Realmente, quando se constata a dimensão dos bens e dados digitais e o que representam no mundo de hoje,¹⁸ havendo, inclusive, projetos que visam “recriar” uma pessoa falecida, que poderá “conversar” com seus parentes vivos, numa espécie de “promessa de vida eterna” por meio da inteligência artificial, que a partir do armazenamento de todas as informações, e-mails, chats, redes sociais e fotos da pessoa falecida seria capaz de “recriá-la”, uma vez que a tecnologia permitiria deduzir suas reações aos diversos estímulos enviados pelos “vivos” que interagiriam com o aludido programa¹⁹, verifica-se a premência em se refletir sobre a questão em sede que assegure, essencialmente, a dignidade da pessoa humana e, portanto, a tutela integral de sua personalidade *post mortem*. Como aduz Stefano Rodotà,

Salvaguardas não deveriam ser baseadas em princípios que consideram o indivíduo somente ou principalmente como dono dos dados a seu respeito. O direito à proteção de dados tem a ver com a proteção da personalidade, não da propriedade. Isto significa que certas categorias de dados, especialmente os de natureza médica e genética, não podem ser utilizados para fins negociais.²⁰

Nessa direção, não parece conforme a dignidade humana e a necessária proteção de sua personalidade *post mortem* que haja uma transmissão hereditária *tout court* de todos os dados e bens digitais da pessoa falecida, sem que ela tenha *expressamente* assim consentido.

¹⁷ LEAL TEIXEIRA, Livia. *Internet e Morte do Usuário: A Necessária Superação do Paradigma da Herança Digital*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018, onde se lê: “Por outro lado, não obstante as situações jurídicas existenciais não se transfiram após a morte, as situações jurídicas patrimoniais, como a exploração econômica dos direitos da personalidade, podem ser transferidas, devendo esta mesma lógica ser aplicada no caso das situações jurídicas dúplices, quando devem ser discriminados os dois interesses – existenciais e patrimoniais. Por isso, a necessidade de se promover tal diferenciação. Deve-se buscar a funcionalidade concreta presente na situação analisada, a fim de conferir tratamento adequado a cada situação jurídica que se constitui no âmbito da rede. Caso a página ou conta esteja vinculada à exploração de determinada atividade econômica, ou seja, vinculada a transações financeiras, é admissível o tratamento baseado na transferência patrimonial, em decorrência do caráter de tal aplicação. Já as contas que se refiram a conteúdos privados, como de e-mails ou de aplicativos de conversas privadas, não devem ser devassadas como regra, na medida em que há um interesse na tutela da privacidade da pessoa falecida, que se opera mesmo em face dos familiares. Apenas em situações excepcionalíssimas, em que outro interesse existencial se coloque em situação de preponderância, é que será possível autorizar o acesso a esses conteúdos privados”.

¹⁸ Vale referir o documentário *The Social Dilemma*, que é um docudrama estado-unidense dirigido por Jeff Orlowski e escrito por Orlowski, Davis Coombe e Vickie Curtis. Foi lançado pela Netflix, em 9 de setembro de 2020. O filme analisa o papel das redes sociais e os danos que elas causam à sociedade.

¹⁹ Ver o site <https://legathum.com/> Acesso em 15.10.2020. Este projeto de inteligência artificial está sendo desenvolvido pelo neuropsicólogo formado pela Universidade de São Paulo (USP) Deibson Silva. (<https://www.opovo.com.br/noticias/tecnologia/2020/09/11/cearense-cria-projeto-que-usa-inteligencia-artificial-para-conversar-com-mortos.html> acesso em 15.10.2020 e <https://nerdsdagalaxia.com.br/2020/09/04/legathum-neuropsicologo-brasileiro-cria-servico-de-outro-mundo-para-conversar-com-os-mortos/> Acesso em 15.10.2020).

²⁰ RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância: A Privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 14.

Ao se analisar os termos de uso das plataformas digitais, redes sociais, jogos *online*, entre outros, verifica-se que o usuário que ingressa no mundo virtual tem a expectativa de privacidade de seus dados e informações, muito embora o cidadão comum “não seja capaz de perceber o sentido que a coleta de determinadas informações pode assumir em organizações complexas e dotadas de meios sofisticados para o tratamento de dados, podendo escapar a ele próprio o grau de periculosidade do uso destes dados por parte de tais organizações”.²¹

Com efeito, ao se analisar os termos de uso das plataformas e redes sociais mais populares, como Facebook, Twiter, Google, Yahoo e Microsoft, identifica-se como regra geral que não serão fornecidos os dados, senhas e informações da conta da pessoa falecida, salvo se o usuário tiver indicado uma pessoa para tanto.

Sem dúvida, a lógica dos bens digitais de conteúdo patrimonial não é a mesma para aqueles de conteúdo existencial, como mensagens, fotos e vídeos pessoais. Nessa perspectiva, devem ser festejadas decisões judiciais que admitiram a transmissão de bens digitais de conteúdo patrimonial, como ocorreu com decisão proferida pela Juíza Priscila Buso Faccineto, em 22.03.2016, no processo nº 1025172-30.2014.8.26.0100, que tramitou perante a 40ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde se lê:

Da cláusula de perdimento dos pontos por falecimento do titular: Reconhecida a natureza patrimonial das milhagens, conforme item supra, é de rigor que os valores auferidos pelo consumidor na forma de pontos, em razão da fidelidade ao programa, não enseje benefício ao fornecedor em caso de morte daquele, o que representaria vantagem manifestamente excessiva, vedada pelo inciso V do art. 39 do CDC, bem como verdadeiro enriquecimento ilícito da ré (CC, art. 884). Assim, em caso de falecimento, os benefícios recebidos devem ser transmitidos aos herdeiros, na forma prevista pelo Código Civil. E conforme consignado pelo D. Representante parquet, *o suposto problema ventilado, com relação a incidência de tributos, deve ser decidido pelo herdeiro e pelo fisco e não pela ré* (fls. 644). De rigor, ainda, a aplicação do mesmo raciocínio no caso de extinção do programa pela ré, ocasião na qual deverá autorizar a transferência dos pontos para outro programa de fidelidade, ou, ainda, ressarcir os consumidores em dinheiro, conforme quantidade de pontos que detenham no programa na data da extinção.

Na mesma linha, em 2017, no âmbito de uma ação civil pública ajuizada pela Proteste – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor em face da Tam Linhas Aéreas S/A, restou decidido que a cláusula que proíbe a transferência mortis causa das milhas não seria legítima, uma vez que coloca o consumidor em situação de desvantagem exagerada ou de

²¹ RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância: A Privacidade hoje*, cit., p. 26.

grande onerosidade, o que é vedado pelo artigo 39, inciso V do Código de Defesa do Consumidor, configurando, ainda, enriquecimento ilícito da empresa.²²

Quanto a dados e informações que não tenham cunho patrimonial, estes só devem ser acessados pelos herdeiros caso haja uma justificativa que, no caso concreto, seja mais merecedora de tutela do que a privacidade e a vida íntima da pessoa falecida, na esteira do que foi decidido pelo Juiz Manoel Jorge de Matos Junior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais em 08.06.2018, por ocasião do julgamento do processo nº 0023375-92.2017.8.13.0520, que tramitou perante a Vara Única da Comarca de Pompeu, no qual se lê:

Dada essa digressão, tenho que o pedido da autora [acesso aos dados contidos no celular da filha falecida] não é legítimo, pois a intimidade de outrem, inclusive da falecida Helena, não pode ser invadida para satisfação pessoal. A falecida não está mais entre nós para manifestar sua opinião, motivo pela qual a sua intimidade deve ser preservada.

Apesar do acima ponderado, as plataformas e redes sociais preveem em diversos casos a extinção da conta diante do falecimento, não admitindo a transmissão daqueles bens de natureza eminentemente patrimonial, como ocorre com a maior parte dos programas de milhagem²³ e

²² TJ/SP, 29ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1025172-30.2014.8.26.0100, Rel. Des. Fabio Tabosa, j. 02.08.2017, v.m., DJ 25.10.2017.

²³ (i) *LATAM Pass – TAM Linhas Aéreas/LATAM* - “1.13 Vedação à Cessão de Pontos. Os Pontos acumulados pelos Clientes são pessoais e intransferíveis, sendo expressamente vedada a sua cessão a terceiros, a qualquer título, exceto em caso na contratação de produtos específicos para transferência de Pontos LATAM Pass. No caso de falecimento do Cliente, serão encerrados a sua conta, o saldo de pontos existente e eventuais Passagens Prêmio emitidas em caso de alteração” (https://promo.pontosmultiplus.com.br/regulamento/regulamento_e_termo_multiplus.pdf. Acesso em: 12.09.2020); (ii) *Smiles – GOL Linhas Aéreas* - “5.6. No caso de falecimento do participante do programa Smiles, a conta Smiles de titularidade do falecido será imediatamente encerrada, e as milhas smiles canceladas. Os resgates realizados na conta Smiles do falecido permanecerão válidos. A utilização indevida de milhas Smiles do participante falecido sujeitará o infrator à exclusão do programa Smiles, caso cadastrado, além das sanções civis, administrativas e criminais previstas na legislação vigente” (<https://www.smiles.com.br/regulamento-do-programa-smiles-01>. Acesso em: 12.09.2020); (iii) *TudoAzul – Azul Linhas Aéreas Brasileiras* “12 – d) O TudoAzul permite ao Participante transferir seus Pontos para conta de terceiros somente através do produto específico “Transferência de Pontos entre Contas TudoAzul”, respeitando assim todas as suas condições disponibilizadas pelo TudoAzul no momento de sua adesão, sendo vedada a transferência dos Pontos para terceiros por sucessão ou herança. Dessa forma, no caso de falecimento do Participante titular de uma Conta do Programa, a referida Conta será encerrada, e os Pontos existentes e quaisquer Passagens Aéreas pagas utilizando-se de Pontos serão cancelados. A utilização indevida de Pontos do Participante já falecido sujeitará o infrator às medidas judiciais cabíveis nos termos da legislação vigente” (<https://tudoazul.voeazul.com.br/web/azul/terms-and-conditions2020>. Acesso em: 12.09.2020); (iv) *AAdvantage – American Airlines, EUA* - “A American Airlines reserva-se o direito de encerrar a sua conta AAdvantage® por inatividade. A sua conta pode ser julgada inativa e encerrada sem aviso prévio se: você não tiver obtido milhas ou nenhuma atividade de resgate durante 36 meses consecutivos; o saldo atual da sua conta AAdvantage® for de zero milhas; você não tiver um cartão de crédito AAdvantage® de bandeira compartilhada, aberto e em dia, associado à sua conta; e você não tiver nenhum benefício vitalício (como Million Miler ou o Lifetime AirPass) ou a categoria elite ativa. Além disso, a conta AAdvantage® encerra-se com o falecimento do associado” (<https://www.aa.com/i18n/aadvantage-program/aadvantage-terms-and-conditions.jsp>. Acesso em: 26.09.2020). Vale registrar que no caso do Programa *MileagePlus, da United Airlines, EUA*, resta consignado que “7. (...) Em caso de morte ou divórcio de um Associado, a United pode, a seu critério exclusivo, creditar todas ou parte das milhas acumuladas de tal Associado para pessoas autorizadas, mediante o recebimento de documentação que a United considere satisfatória e o pagamento das taxas aplicáveis” (<https://www.united.com/ual/pt/pt/fly/mileageplus/rules.html>. Acesso em: 12.09.2020).

daqueles de recompensas,²⁴ bem como em contas nas quais são armazenados bens digitais como filmes e livros.²⁵

E mais: diversas redes admitem que as contas de pessoas falecidas sejam removidas mediante solicitação de um *familiar direto*, como ocorre com o Instagram. Segundo a referida rede social, “Se você vir uma conta no Instagram que pertence a uma pessoa que faleceu, poderá solicitar a transformação da conta em memorial. Se você é um familiar direto dessa pessoa, pode solicitar que a conta seja removida do Instagram”. Para remover a conta, são solicitadas provas de que aquele que faz o requerimento é um familiar direto da pessoa falecida, sendo exemplos de ditas comprovações: a) a certidão de nascimento da pessoa falecida; b) a certidão de óbito da pessoa falecida, bem como c) a comprovação de autoridade de acordo com a legislação local de que você é o representante legal da pessoa falecida ou de seu espólio”.²⁶ Ou seja, pode ocorrer um conflito entre os denominados familiares diretos e a questão terá que ser decidida pelo Poder Judiciário, ainda mais quando for possível extrair da conta do Instagram elevados recursos econômicos.

De fato, a valoração de conteúdos digitais é um grande desafio para o Direito Sucessório. Como ponderam Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal, a valoração de ditos conteúdos é fundamental para o cálculo da legítima ou para o somatório da herança na partilha. Segundo os autores citados, esta é uma grande dificuldade para “a

²⁴ (i) *Ame Digital* - “3.4. A Conta é única, pessoal e intransferível. Da mesma forma, o número de telefone celular, e-mail e CPF ou CNPJ informados durante o cadastro somente poderão ser associados a um único Usuário. Em nenhuma hipótese, será aceito pela Ame Digital o cadastro de novas contas de titularidade do mesmo Usuário” (<https://www.amedigital.com/termo-e-condicoes-de-uso/>. Acesso em: 20.09.2020); (ii) *Sempre Presente – Itau* - “4. c) Os pontos serão automaticamente cancelados na ocorrência das seguintes hipóteses: (i) falecimento do titular;” (<https://ww2.itau.com.br/programasemprepresente/Content/themes/Shared/pdf/regulamento.pdf>. Acesso em: 12.09.2020) e (iii) *Livelo – Bradesco e Banco do Brasil* - “4.5.1. Os Pontos poderão perder sua validade, de acordo com as regras abaixo: (c) Falecimento: quando do falecimento do Participante, uma vez que os Pontos acumulados pelos Participantes são pessoais e intransferíveis, sendo expressamente vedada a sua cessão a terceiros, a qualquer título, inclusive por sucessão ou herança. Neste caso, inclusive, a Conta Livelo será encerrada e os Pontos acumulados serão cancelados, salvo se diversamente definido, expressamente, no regulamento dos Parceiros de Acúmulo, na hipótese de autorização do Parceiro de Acúmulo após solicitação do Participante e somente quanto aos Pontos oriundos deste Parceiro de Acúmulo;” (<https://www.livelo.com.br/regulamento-programa-pontos-nivelo>. Acesso em: 20.09.2020).

²⁵ *Apple – iCloud* - “IV - D. Não Existência de Direito de Sucessão: A menos que exigido por lei, você concorda que a sua Conta não é passível de transferência e que quaisquer direitos a seu ID Apple ou Conteúdo dentro da sua Conta terminam com a sua morte. Após o recebimento de cópia de uma certidão de óbito a sua Conta poderá ser encerrada e todo o Conteúdo dentro da mesma será apagado.” (<https://www.apple.com/legal/internet-services/icloud/br/terms.html>. Acesso em: 19.09.2020).

²⁶ Disponível em: [https://help.instagram.com/151636988358045/?helpref=hc_fnav&bc\[0\]=Ajuda%20do%20Instagram&bc\[1\]=Central%20de%20Privacidade%20e%20Seguran%C3%A7a&bc\[2\]=Denunciar%20algo](https://help.instagram.com/151636988358045/?helpref=hc_fnav&bc[0]=Ajuda%20do%20Instagram&bc[1]=Central%20de%20Privacidade%20e%20Seguran%C3%A7a&bc[2]=Denunciar%20algo). Acesso em: 12.09.2020.

matemática sucessória, principalmente considerando-se a inexistência de órgãos governamentais ou não governamentais que façam tal avaliação”.²⁷

O que se esperar do futuro das disposições de última vontade? *Rectius*, do presente de ditas disposições?

Em primeiro lugar, cada vez mais, as pessoas estarão preocupadas com os seus bens e dados digitais e com o acesso a eles *post mortem*. Já há alguns anos, Evan Carroll e John Romano, em livro intitulado *Your Digital Afterlife*, alertavam que todo o conteúdo digital que uma pessoa deixa após a sua morte representa uma rica coleção que reflete quem ela é e o que ela pensa, acrescentando que transmitir seu legado digital se tornará cada vez mais importante.²⁸ Assim, as disposições de última vontade sobre os referidos conteúdos tomarão cada vez mais vulto, sendo certo que, uma vez que haja repercussão econômica dos bens digitais, será preciso conformá-los ao cálculo da legítima, por meio de todos os meios de prova e cálculos que sejam admitidos no Direito.

Apesar de se poder imaginar que a cada dia serão mais comuns disposições testamentárias que versem sobre conteúdos digitais, não se pode olvidar, como acima já exposto, que várias plataformas da internet contêm mecanismos de transmissão de contas, senhas, logins, entre outros, havendo, inclusive, sítios eletrônicos nos quais é possível criar uma conta só com esta finalidade.²⁹ Atentos a esta realidade, os já citados Gabriel Honorato e Livia Teixeira Leal indagam: “Mas então, para além da discussão a respeito da validade destas, pergunta-se: qual manifestação deverá prevalecer em havendo conflito entre a manifestação na plataforma e aquela realizada por meio de um testamento público, por exemplo?”. Concluem os autores que “os meios tradicionais de planejamento sucessório devem ter primazia sobre aquelas vontades manifestadas através das próprias plataformas digitais, sem desconsiderar a validade destas quando não estiverem em confronto com aquelas”.³⁰

Em que pese o relevo dos estudos dos autores acima citados, deve-se avançar na questão, desapegando-se do rigor formal dos testamentos. Assim, uma vez havendo conflito entre a manifestação de vontade de um testamento e aquela lançada na plataforma digital, deverá prevalecer a última vontade do disponente. Realmente, uma vez que todos os acessos

²⁷ HONORATO, Gabriel e LEAL TEIXEIRA, Livia. *Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas: Reflexões Jurídicas a partir do caso Gugu Liberato*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil, ano 04 – vol. 23 – janeiro/março 2020, p. 169.

²⁸ CARROLL, Evan e ROMANO, John. *Your Digital Afterlife*. Berkeley: New Riders, 2011, p. 3.

²⁹ Vide notas 12 e 13 acima.

³⁰ HONORATO, Gabriel e LEAL, Livia Teixeira. *Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas: Reflexões Jurídicas a partir do caso Gugu Liberato*, cit., p. 169.

digitais restam catalogados a partir de dia e hora, não será difícil essa aferição. É verdade que o testamento é o ato por excelência para o planejamento sucessório, ainda mais em ordenamento jurídico como o brasileiro que não admite os pactos sucessórios. No entanto, se determinadas plataformas digitais contêm termos de uso para o acesso aos dados e informações *post mortem*, estas criam novas formas de manifestar a última vontade de seu titular e, assim, deverão prevalecer sobre anteriores disposições testamentárias.

Nessa direção, verifica-se, ainda, mais uma demonstração da simplificação da forma de se manifestar a última vontade. Realmente, num mundo em que os bens são cada vez mais intangíveis e digitais, é preciso adequar a forma de dispor *post mortem* à rotina digital da sociedade. Vale aqui lembrar o codicilo (CC, art. 1.881 e seguintes), que é um escrito particular, datado e assinado pelo disponente, com conteúdo específico, a saber, disposições de bens de pequeno valor e aquelas que visam nomear ou substituir testamentários. Dessa forma, diante de plataformas na internet que têm por objetivo criar contas com finalidades *post mortem*, como aquela mencionada na nota 13 supra, *If I die*, na qual sugere-se, por exemplo, que a pessoa deixe instruções sobre como cuidar de um animal doméstico, como dividir os bens móveis de sua casa, dentre outras, verifica-se a possibilidade de o codicilo assumir um formato digital.³¹ Nessa direção, mensagens enviadas via WhatsApp, Messenger, e-mails, entre outras, poderão ser admitidas como *codicilos digitais* desde que respeitado o conteúdo do respectivo ato de disposição *mortis causa*.³² Para disposições de última vontade que não se enquadrem naquelas de diminuto

³¹ Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 5.820/19, que tem por objetivo alterar a redação do citado art. 1.881 do Código Civil, relativo ao codicilo, para admitir que dito ato de disposição *post mortem* seja escrito em formato digital. Em que pese ser louvável a iniciativa, ainda que dito projeto jamais se torne lei, diante da simplicidade do codicilo e de um e-mail ou mensagem de whatsapp atender a todos os seus requisitos, *de lege lata*, admite-se a eficácia de um codicilo eletrônico ou digital como exposto acima. No referido projeto, lê-se: “Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante instrumento particular, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, bem como destinar até 10% (dez por cento) de seu patrimônio, observado no momento da abertura da sucessão, a certas e determinadas ou indeterminadas pessoas, assim como legar móveis, imóveis, roupas, joias entre outros bens corpóreos e incorpóreos. §1º A disposição de vontade pode ser escrita com subscrição ao final, ou ainda assinada por meio eletrônico, valendo-se de certificação digital, dispensando-se a presença de testemunhas e sempre registrando a data de efetivação do ato. §2º A disposição de vontade também pode ser gravada em sistema digital de som e imagem, devendo haver nitidez e clareza nas imagens e nos sons, existir a declaração da data de realização do ato, bem como registrar a presença de duas testemunhas, exigidas caso exista cunho patrimonial na declaração. §3º A mídia deverá ser gravada em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da efetivação do ato, contendo a declaração do interessado de que no vídeo consta seu codicilo, apresentando também sua qualificação completa e das testemunhas que acompanham o ato, caso haja necessidade da presença dessas. §4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade. §5º Na gravação realizada para fim descrito neste dispositivo, todos os requisitos apresentados tem que ser cumpridos, sob pena de nulidade do ato, devendo o interessado se expressar de modo claro e objetivo, valendo-se da fala e vernáculo Português, podendo a pessoa com deficiência utilizar também a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) ou de qualquer maneira de comunicação oficial, compatível com a limitação que apresenta”.

³² Na mesma direção, vale citar Mário DELGADO, em opinião no site CONJUR, O testamento em vídeo como opção de lege lata, in https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/processo-familiar-testamento-video-opcao-lege-lata#_ftn6. Acesso em 18.10.2020.

valor econômico, valerão apenas o testamento ou as respectivas plataformas que admitam a forma de acesso aos respectivos dados ou bens digitais *post mortem*.

Se diante do ordenamento vigente é possível admitir um codicilo por e-mail ou WhatsApp, o mesmo não se pode falar para o testamento. Apesar do acima exposto quanto à simplificação do rigor formal em relação aos testamentos, não se pode descuidar das funções da forma testamentária. Nessa direção, *de lege ferenda*, deve-se admitir, na linha da jurisprudência já existente, a concessão expressa para o juiz de um poder de dispensar determinadas formalidades testamentárias quando restar clara a higidez do ato de última vontade, de forma a garantir maior segurança às hipóteses levadas ao Poder Judiciário, na linha do que ocorre, por exemplo, com alguns Estados dos Estados Unidos da América, que adotam o Código Uniforme de Sucessões Americano,³³ que atribuí aos juízes um poder de *desculpar* um erro considerado inofensivo, se houver evidências claras e convincentes de que o testador pretendia que aquele documento fosse um testamento.³⁴ Na mesma direção, os requisitos do testamento privado merecem ser revisitados, para que seja possível um testamento particular eletrônico, mediante chaves digitais específicas para aquele ato, de forma a garantir maior segurança à sua lavratura.

4. Referências bibliográficas

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. VI, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 5^a edição, 1944.

BEYER, Gerry W. *Wills. Trusts and Estates*. New York: Wolters Kluwer, 2019.

CARROLL, Evan & ROMANO, John. *Your Digital Afterlife*. Berkeley: New Riders, 2011.

CHIZZOTTI, Camila & KRAMEL, Karim. *A proteção dos dados pessoais das pessoas falecidas*. <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/chizzotti-kramel-protecao-dados-pessoas-falecidas>. Acesso em 15.10.2020.

DELGADO, Mário. *O testamento em vídeo como opção de lege lata*. https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/processo-familiar-testamento-video-opcao-lege-lata#_ftn6. Acesso em 18.10.2020.

GONÇALVES, Cunha. *Tratado de Direito Civil*, vol. IX, t. II, n. 1.352, 2^a ed.

HONORATO, Gabriel; LEAL, Livia Teixeira. *Exploração Econômica de Perfis de Pessoas Falecidas: Reflexões Jurídicas a partir do caso Gugu Liberato*. in Revista Brasileira de Direito Civil, ano 04 – vol. 23 – janeiro/março 2020.

LEAL, Livia Teixeira. *Internet e Morte do Usuário: A Necessária Superação do Paradigma da Herança Digital*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 16, p. 181-197, abr./jun. 2018.

³³ O Código Uniforme de Sucessões é um ato uniforme elaborado pela Conferência Nacional de Comissários sobre Leis Estaduais Uniformes que regem a herança e as propriedades dos falecidos nos Estados Unidos. Trata-se de um modelo que pode ser adotado pelos Estados Americanos para padronizar as leis sucessórias.

³⁴ BEYER, Gerry W. *Wills, Trusts and Estates*. New York: Wolters Kluwer, 2019, p. 73.

MENDES, Laura Schertel Ferreira & FRITZ, Karina Nunes. *Case Report: Corte Alemã Reconhece a Transmissibilidade da Herança Digital*. Porto Alegre: RDU, Volume 15, n. 85, 2019, 188-211, jan-fev 2019.

PERLINGIERI, Pietro. *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*. Napoli: ESI, 1999.

RODOTÀ, Stefano. *A Vida na Sociedade da Vigilância: A Privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

civilistica.com

Recebido em: 8.11.2020

Publicação a convite.

Como citar: NEVARES, Ana Luiza. Testamento virtual: ponderações sobre a herança digital e o futuro do testamento. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/testamento-virtual/>>. Data de acesso.