

EDITORIAL

Pacta corvina em versão digital?

O Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão recente (Ap. Cível n.º 11196 88-66.2019.8.26.0100, 31ª Câmara de Direito Privado, julg. 9.3.2021), manteve sentença de primeiro grau e negou provimento à apelação da autora que pretendia ter acesso à conta do perfil de sua falecida filha na plataforma do Facebook.

O Tribunal considerou prevalentes os *termos de uso* assinados pela usuária, que, ao aderir ao contrato firmado com a plataforma, aceitou a natureza personalíssima do contrato e a transformação do perfil em um chamado *memorial*, não tendo optado expressamente, no ato de adesão, pela outra possibilidade: o apagamento dos dados no caso de falecimento. No contrato em questão, consta ainda que o usuário poderia indicar um único “contato herdeiro” para, no caso de falecimento, cuidar da conta transformada em memorial.

O tema encontra-se na ordem do dia. Sem analisar pormenorizadamente o caso concreto, merece especial reflexão a abusividade de cláusulas contratuais, inseridas em contratos de adesão celebrados pela internet, que chegam a se sobrepor à liberdade de testar, atribuindo ao provedor da plataforma, e somente a ele, com a morte do usuário, o poder de controle e gestão do perfil do falecido. Tais cláusulas contratuais, que constituem contrato de adesão em relações de consumo, preveem a renúncia à transmissibilidade contratual e o destino do conteúdo do perfil após a morte do usuário, permitindo, ainda, em verdadeiro *pacta corvina* contratual, a nomeação do mencionado contato-herdeiro – sem considerar possível ato de última vontade em sentido contrário manifestado nos termos da lei.

Além disso, em nome da proteção da natureza personalíssima dos dados do usuário, transferem-se à plataforma o poder de cancelar o conteúdo (com dados do falecido e de terceiros) e o poder de decisão sobre o conteúdo, com a criação do *memorial*, de modo a que o tributo ao falecido possa incrementar a movimentação na rede.

Há no debate alguns sofismas que contaminam a discussão. O primeiro é que o cancelamento (com a perda de todos os dados construídos por força de contrato oneroso) tutela a privacidade do falecido. Ora, uma coisa é a exposição pública de conteúdo íntimo do usuário, outra completamente diferente é a gestão

dos bens pessoais atribuída ao herdeiro legal ou testamentário (e somente a ele), ao qual cabe representar o falecido.

O segundo é que, à míngua de conteúdo patrimonial do perfil, não haveria tecnicamente herança, a justificar o prevailecimento desse sinistro *pacta corvina* digital. A propósito, vale lembrar que mesmo uma conta não monetarizada tem conteúdo patrimonial, representado pelo valor do contrato celebrado pelo usuário com a plataforma, apto a atrair contraprestação direta ou indireta, mediante maciça publicidade associada às plataformas. Em consequência, torna-se difícil imaginar a ausência de conteúdo patrimonial da relação jurídica na qual se inserem os perfis dos usuários, ainda que o perfil não seja monetarizado e que sua construção não tenha sido adquirida mediante pagamento de contraprestação pecuniária. Além disso, e mais importante, mesmo bens que incorporem importantes aspectos existenciais, como fotos e cartas íntimas, sujeitam-se ao regime da propriedade privada e são passíveis de transmissão, consubstanciando bens em sentido jurídico, ainda que diminuto seu valor pecuniário. É dizer, os bens pessoais, embora digam respeito à personalidade, não se confundem com os direitos da personalidade.

Diante de tais circunstâncias, embora seja em geral atribuída ao usuário apenas a licença de uso do serviço oferecido pela plataforma, constando nos termos de uso a intransmissibilidade do direito de acesso ao conteúdo inserido nos perfis, cabe sempre examinar se tais cláusulas decorrem do consentimento informado e livre do consumidor – no sentido de extinguir e assim renunciar ao direito de acesso à conta com seu falecimento. Quanto a esse aspecto, a interpretação milita a favor do usuário que figurou como parte vulnerável (art. 47, CDC). E ainda, por se tratar de contrato de adesão, as cláusulas que implicarem limitação de direitos “deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão” (art. 54, §4º, CDC).

Por isso, se não houve determinação expressa e válida do titular em vida, o acesso pelos herdeiros parece consequência natural do processo sucessório, não se diferenciando esses compartimentos digitais das gavetas, cofres ou diários deixados pelo falecido. A valoração quanto à expressão patrimonial do acervo e a forma de sua utilização pelo herdeiro, evidentemente, terá outros limites e desdobramentos e deve preservar, antes de tudo, a vontade e a dignidade do falecido.

Gustavo Tepedino