

BENS DIGITAIS E O REGIME DE DIREITO DAS COISAS: UMA ANÁLISE QUE PRECEDE O DEBATE SOBRE HERANÇA DIGITAL

DIGITAL ASSETS AND THE RIGHT OF THINGS REGIME: AN ANALYSES THAT PRECEDES THE DIGITAL HERITAGE'S DEBATE

Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

Professor Adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Doutor e Mestre em Direito Privado pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Procurador Municipal. Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-9621-0699> E-mail: roberto.paulino@ufpe.br

João Paulo Babini de Andrade

Mestrando em Direito Privado pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Especialista em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-3422-5228> E-mail: jp.babini@gmail.com

Resumo: Muito antes de tratar da chamada herança digital, é preciso verificar se bens digitais podem ser objeto de posse ou de propriedade. Tomando Pontes de Miranda e Luciano de Camargo Penteado como marco teórico, revisitamos o objeto do direito das coisas, posse e direitos reais, diante da *descoisificação* do mundo na era digital. Grande parte desses bens são acessados por meio de plataformas *on-line* providas como serviço, no modelo cliente-servidor, revelando, sob a perspectiva do internauta-usuário, relação jurídica de consumo (relativa), e não relação jurídica real (absoluta), esta que induz sujeitos passivos totais, com oponibilidade *erga omnes*. Tais bens não são passíveis de imputação patrimonial privada a título de propriedade ou posse e, portanto, por ocasião da morte de um indivíduo, não são assim transmitidos por herança ou legado digitais.

Palavras-chave: Bens digitais. Herança digital. Direito das coisas. Posse. Direitos reais.

Abstract: Before discussing the so-called digital heritage, it is necessary to verify whether digital assets can be object of possession or property. Taking Pontes de Miranda and Luciano de Camargo Penteado as a theoretical framework, we discuss the object of the Right of Things, possession and real rights, given the *deobjectification* of the world in the digital era. Most of these assets are accessed through online platforms provided as a service, in the client-server model, which reveals, from the perspective of the user, a consumer legal relationship (relative), and not a real legal relationship (absolute), which induces “*erga omnes*” opposability. These digital assets are not subject to private appropriation neither as property or possession, hence, they are not transmitted in this way through digital inheritance or legacy when the user dies.

Keywords: Digital assets. Digital heritage. Right of Things. Possession. Rights “in rem”.

Sumário: Introdução – **1** Mundo real (coisas) e mundo virtual (não coisas) – **2** O objeto do direito das coisas – **3** Sucessão *mortis causa* de bens digitais – Considerações finais – Referências

Introdução

Tem-se produzido muito a respeito daquilo que se convencionou denominar de herança digital, tema que continua instigando vários pesquisadores. Há trabalhos, por exemplo, que cuidam (a) de traçar parâmetros de precificação de bens digitais; (b) da incidência de imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) sobre o espólio digital; (c) da forma de transmissão de bens digitais (como devem ser dispostos em testamentos, como devem ser arrolados em inventários etc.); (d) da obrigação dos provedores de serviço de manterem armazenados as contas e perfis mesmo após a morte de seus usuários; (e) do que deve prevalecer em caso de conflito entre disposições testamentárias e termos de uso das plataformas *on-line*; e a lista só cresce.

Contudo, percebe-se que muitos autores não estão se acautelando a respeito de um problema que deve preceder outros debates. É que, ao falarmos de herança, estamos nos referindo a patrimônio. Compreende-se na herança tradicional a posse e a propriedade (e demais direitos reais) sobre coisas, além dos créditos do defunto. Na herança digital, ao revés, não são coisas ou créditos que formam o acervo. São não coisas: dados pessoais, conversas privadas, perfis de caráter personalíssimo, enfim, bens existenciais incorpóreos que não integram o patrimônio do usuário e, portanto, não podem ser assim transmitidos.

Pretende-se, com este artigo, demonstrar que a herança digital não pode seguir o regime das coisas. O objeto do direito das coisas é outro. A lógica do senhorio, da apropriação privada, não se aplica aqui. Precisamos, antes de tudo, tomando cuidado com as apressadas proposições jurídicas, verificar se é possível haver posse ou propriedade de bens sem lastro material, à luz da teoria do direito das coisas.

1 Mundo real (coisas) e mundo virtual (não coisas)

Em seu livro *Não-coisas*,¹ Byung-Chul Han observa que vivemos em uma *infosfera*,² transitando do mundo das coisas para a era das não coisas. Essa ordem

¹ HAN, Byung-Chul. *Não-coisas*: reviravoltas do mundo da vida. Tradução de Rafael Rodrigues Garcia. Petrópolis: Vozes, 2022.

² Olhamos para a *infosfera* através de nossos *smartphones*, em que a entropia informacional nos mergulha em uma sociedade pós-factual, sem *facticidade*, solidez, permanência e duração, irrisistível a mudanças e manipulações.

digital passou a ser mais intensamente vivenciada pelos milênicos brasileiros (geração da internet) com a popularização do *Orkut*, que conectou mais de mais de 30 milhões de usuários nacionais³ durante seu ciclo de existência.

A rede social, apesar de ter ganhado aplicativo próprio para *smartphones*, não se manteve *on-line* pelo tempo necessário à popularização massiva desse tipo de celular no Brasil, sendo descontinuada no dia 30.9.2014. Aos seus usuários fora conferido prazo para que pudessem fazer o *download* do conteúdo que se tornou inacessível em setembro de 2016. Depois disso, nossos *corpos eletrônicos*⁴ saíram do ar, junto com comunidades, tópicos de discussão, *scrapbooks* e tantos outros frutos da interação social.

Já antes de seu encerramento, a rede foi ultrapassada⁵ em número de usuários brasileiros pelo *Facebook*, que, por seu turno, permanece *on-line* tempo suficiente para presenciar o envelhecimento e a morte de seus usuários,⁶ notadamente em razão da pandemia da Covid-19, que acentuou⁷ os rituais e as homenagens póstumas no ciberespaço. Assim, ao contrário do *Orkut*, corpos eletrônicos são mantidos *on-line*, como memorial, a despeito da ausência de seus correspondentes biológicos.

Na outra ponta, até mesmo nascituros estão sendo precocemente sugados para o virtual, superexpostos pelos seus próprios pais e mães (*oversharenting*), que chegam a publicar, nas redes sociais, imagens das suas primeiras ultrassonografias,⁸ além de fotos e vídeos de partos vaginais,⁹ de modo a retirar dos filhos o direito de narrar, em seus próprios termos, as histórias de suas vidas, ou mesmo de não as compartilhar na internet.

³ AGRELA, Lucas. Orkut completa 10 anos com 6 milhões de brasileiros ativos. *Exame*, São Paulo, 24 jan. 2014. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/orkut-completa-10-anos-com-6-milhoes-de-brasileiros-ativos/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

⁴ Na *information age* (era das informações) nosso corpo se torna um sistema informativo, um conjunto de dados que forma nosso duplo eletrônico, distribuído no espaço virtual. Cf. RODOTÁ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, v. 19, jul/set. 2004. p. 91.

⁵ FACEBOOK ultrapassa oficialmente o Orkut no Brasil. *Exame*, São Paulo, 17 jan. 2012. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/facebook-ultrapassa-oficialmente-o-orkut-no-brasil/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

⁶ CURY, Maria Eduarda. Em 50 anos, o Facebook terá mais usuários mortos do que vivos, diz estudo. *Exame*, São Paulo, 9 maio 2019. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/em-50-anos-o-facebook-tera-mais-usuarios-mortos-do-que-vivos-diz-estudo/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

⁷ GABRIEL, João; SMITH, Manoella. Coronavírus faz famílias recorrerem a velórios online e transforma processo de luto. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/coronavirus-faz-familias-recorrerem-a-velorios-online-e-transforma-processo-de-luto.shtml>. Acesso em: 28 jun. 2023.

⁸ WHINDERSSON e Maria Lina mostram ultrassom do filho: “1ª foto em família”. *Revista Quem*, 4 fev. 2021. Disponível em: <https://revistaquem.globo.com/QUEM-News/noticia/2021/02/whindersson-e-maria-lina-mostram-ultrassom>. Acesso em: 28 jun. 2023.

⁹ MASSA, Luísa. Facebook e Instagram deixam de censurar fotos e vídeos de parto vaginal. *Bebê.com.br*, 17 maio 2018. Disponível em: <https://bebe.abril.com.br/parto-e-pos-parto/facebook-instagram-censurar-fotos-parto-vaginal/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

Nesse cenário, deparamo-nos com projeções que antecedem ou sobrevivem à carne e osso, naquilo que Jean Baudrillard denominou, filosoficamente, de *deserto do próprio real*:

Hoje a abstracção já não é a do mapa, do duplo, do espelho ou do conceito. A simulação já não é a simulação de um território, de um ser referencial, de uma substância. É a geração pelos modelos de um real sem origem nem realidade: o hiper-real. O território já não precede o mapa, nem lhe sobrevive. É agora o mapa que precede o território – precessão dos simulacros – é ele que engendra o território cujos fragmentos apodrecem lentamente sobre a extensão do mapa.¹⁰

Não sobeja dúvida de que a digitalização vem encerrando o paradigma da coisa, de tal maneira que hoje a *substância* e o *território* se sujeitam ao seu *duplo* ou *mapa* virtuais, e a *facticidade* é absorvida e falseada por dados e informações. As não coisas invadiram nosso ambiente por todos os lados. Partindo desse pensamento, precisamos nos questionar se real e virtual são existências distintas ou são duas facetas da existência de um mesmo sujeito na era digital. Essa imbricação de dimensões (*mixed reality*) é muito bem observada por Stefano Rodotà:

Se olharmos para os processos em curso do ponto de vista das tecnologias da informação e da comunicação, não descobriremos apenas o nascimento de uma dimensão virtual ao lado daquela real, ou formas de mistura que sugerem a expressão ‘mixed reality’. Muda a própria percepção da pessoa e de seu corpo. Centenas de milhões de homens e de mulheres têm seu duplo eletrônico, que num número crescente de casos condiciona sua existência muito mais do que o corpo físico. Pessoa e corpo eletrônico já pertencem naturalmente à dimensão global. As informações que nos dizem respeito, e que representam nossa identidade para todos os bancos de dados nos mais diversos lugares do mundo; nossos rastros eletrônicos são constantemente acompanhados e guardados; os dados sobre a saúde, os dados genéticos decompõem nosso corpo. O novo direito global deve tratar de um ‘indivíduo planetário’, de um ‘corpo distribuído no espaço’.¹¹

¹⁰ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulações*. Lisboa: Antropos, 1991. p. 8.

¹¹ RODOTÀ, Stefano. *Globalização e o direito*. Palestra proferida em 2003, no Rio de Janeiro. Tradução Myriam de Filippis. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoDireito.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023.

Seja como for, o fato é que, hiperconectados à internet, estabelecemos nossas relações pessoais, profissionais, e dedicamos boa parte de nossas vidas a cuidar de *corpos eletrônicos*, em simulacros alcançados por cada vez mais *gadgets*. Pagamos, com isso, um novo preço existencial: nossa imagem, hábitos e preferências, nosso ser exposto *as a service*. Chegamos a tal ponto que, sem se dar por isso, autoviolamos nossa privacidade e, voluntariamente, aumentamos o tráfego de dados pessoais rumo a centros de interesse próprios do *capitalismo de vigilância* (no sentido de Soshana Zuboff), como alerta Byung-Chul Han:

A infosfera tem as faces de Janus. Ela nos ajuda a ter mais liberdade, mas ao mesmo tempo nos leva a aumentar a vigilância e o controle. O Google apresenta a smarthome do futuro em rede como uma “orquestra eletrônica”. Seu habitante é um “condutor”. Mas os autores dessa utopia digital estão na verdade descrevendo uma *prisão inteligente*. Ao contrário, somos *conduzidos* por diferentes atores, por metrônimos invisíveis. Nós nos expomos a um olhar panóptico. *Smart bed* com vários sensores continua a vigilância mesmo durante o sono. A vigilância está se infiltrando cada vez mais na vida cotidiana, sob a forma de conveniência. Os infômatos, que nos aliviam de muito trabalho, acabam se tornando *informantes* eficientes, que nos vigiam e controlam.¹²

Daí as semelhanças, em maior ou menor grau, tanto com o universo distópico criado por George Orwell, em seu livro *1984*, quanto com o *Admirável mundo novo*, de Aldous Huxley. Em ambas as obras, a sociedade passa a adorar a própria opressão e as tecnologias que desfazem sua capacidade de pensar criticamente, trazendo privação de sua autonomia, privacidade, maturidade e história. É isso que acontece em um mundo controlado algorítmicamente.

Ao que parece, olvidamos que o direito à privacidade é uma conquista civilizatória. Se os dados pessoais são tidos como o novo petróleo, somos nós quem jorramos das jazidas e, sob constante vigilância, alimentamos a inteligência dos algoritmos (caixas pretas), que nem sempre são utilizados no intento de aperfeiçoar a experiência do usuário, como se pode observar com a prática de geodiscriminação (*geopricing* e *geoblocking*).¹³

¹² HAN, Byung-Chul. *Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Tradução de Rafael Rodrigues Garcia. Petrópolis: Vozes, 2022. p. 18-20.

¹³ *Geopricing* é a diferenciação de preços em razão da origem geográfica do consumidor, e *geoblocking* é a negativa de ofertas a determinados consumidores em razão da sua origem geográfica.

Outra consequência da virtualização de nossa existência é a *descoisificação* dos bens da vida, a informatização do mundo. Note-se a ampla familiaridade com os mais variados bens digitais, a exemplo de perfis em redes sociais, sítios, comércios e correios eletrônicos, músicas, vídeos e filmes transmitidos por plataformas de *streaming*, assim como jogos eletrônicos e diversos outros que vão surgindo, vertiginosamente. Os espaços físicos estão sendo reduzidos, o *coleccionador* (a contrafigura do consumidor) se depara com uma realidade pouco palpável e tangível.

Como conseqüência lógica, o ser humano se torna ainda mais interdependente das máquinas. Basta olhar para as criptomoedas e a tecnologia *blockchain*. Em sua gênese, a ideia de Satoshi Nakamoto,¹⁴ como dito em seu *Bitcoin white paper*,¹⁵ era descentralizar relações comerciais por meio de um sistema que permitisse transações eletrônicas independentes de um terceiro de confiança (*trusted third party*), como instituições financeiras. Contudo, ainda que exista a possibilidade de não mais depender de terceiros, passou-se a depender de mais poder computacional e, por via de consequência, de um maior consumo de recursos naturais, pois que a mineração de criptomoedas consome mais energia elétrica que vários países, como apontando¹⁶ pela Universidade de Cambridge.

Igualmente preocupante será quando, a pretexto de se afastar de uma autoridade central certificadora, imóveis começarem a ser “registrados” de forma alheia aos cartórios de registro de imóveis. O mercado imobiliário já tem falado em *propriedade digital* ou na *tokenização* da propriedade imobiliária. Conforme noticiado,¹⁷ uma senhora de 82 anos teria se tornado “a primeira pessoa no Brasil a ter a propriedade digital de um imóvel”, mediante a aquisição de 20% da dita propriedade imobiliária via *NFT* (*token* não fungível). De acordo com a matéria, duas plataformas digitais haviam unido forças para lançar “os primeiros imóveis digitalizados do Brasil”.

O mundo das não coisas parece ter como ponto de chegada (ou um novo ponto de partida) o *metaverso*, que bate à porta com a denominada internet 3.0,¹⁸ trazendo a virtualização de espaços e a espacialização do virtual. Mundo físico e virtual que se misturam e se ampliam, que se influenciam mutuamente. *Corpo e*

¹⁴ Remanesce duvidoso se Satoshi Nakamoto é o pseudônimo de uma pessoa ou conjunto de pessoas.

¹⁵ Disponível em: <https://bitcoinwhitepaper.co/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

¹⁶ Disponível em: <https://ccaf.io/cbnsi/cbeci/comparisons>. Acesso em: 28 jun. 2023.

¹⁷ LAMAS, João Pedro. Idosa de 82 anos usa NFT para comprar 20% de apartamento no RS; entenda como funciona o sistema. *G1 RS*, Rio Grande do Sul, 23 dez. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/10/23/professora-de-82-anos-de-porto-alegre-compra-primeiro-apartamento-digitalizado-do-brasil.ghtml>. Acesso em: 28 jun. 2023.

¹⁸ O QUE é a Web 3.0 e como ela se relaciona com o mercado de criptoativos. *InfoMoney*, 8 nov. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/web-3-0-e-criptoativos/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

tecnologia misturados, seduzidos, inextricáveis, nas palavras de Jean Baudrillard, que há muito falava de um *hiper-real*:

Já não se trata de imitação, nem de dobragem, nem mesmo de paródia. Trata-se de uma substituição no real dos signos do real, isto é, de uma operação de dissuasão de todo o processo real pelo seu duplo operatório, máquina sinalética metaestável, programática, impecável, que oferece todos os signos do real e lhes curto-circuito todas as peripécias.¹⁹

Na mesma linha, lembramos da obra *Expiração* (2019), de Ted Chiang. No conto *O ciclo de vida dos softwares*, o autor concebe o *Data Earth*, um ciberambiente no qual o usuário, por meio de seu *avatar*, pode imergir por continentes, arquipélagos e biomas virtuais, junto aos demais. Nesse *novo tecido social*, empresas buscam vender seus produtos e serviços, como a *Blue Gamma* e seus *digientes – pets* digitais cujo *design* da inteligência artificial permite que eles sejam capazes de aprender aquilo que seus usuários lhes ensinarem, de maneira que cada um deles desenvolva características próprias (*machine learning*), a depender de estímulos diversos. O conto aborda questões como a sexualização, tortura, e morte dos *digientes*, bem assim o apego emocional de seus usuários e desenvolvedores, que não medem esforços para proteger e prolongar o ciclo de vida desses animais virtuais de estimação.²⁰

O exemplo literário, à semelhança do que vivenciamos em nosso tempo, nos mostra que, na era das não coisas, há uma sujeição do *hardware* (coisa) ao *software* (não coisa), e estes, por sua vez, estão sujeitos a mais rapidamente cair em desuso e se tornarem desatualizados ou obsoletos, em razão do avançar de novas tecnologias. Os provedores de serviço e suas plataformas também são constantemente ameaçados pela concorrência e as oscilações de mercado. Basta observar o que aconteceu com o *Orkut* e, mais recentemente, os esforços do *Meta*²¹ para voltar a ganhar usuários no *Facebook*, recuperar receita e retomar crescimento no mercado, depois de uma sequência de perdas. As não coisas são efêmeras e fugazes.

¹⁹ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulações*. Lisboa: Antropos, 1991. p. 9.

²⁰ A propósito, vale mencionar que alguns doutrinadores e tribunais pátrios têm considerado que animais não são pessoas nem coisas, mas um terceiro gênero (*tertium genus*). Entendemos que os animais são coisas semoventes dotadas de um nível de proteção que um *smartphone* ou um livro não têm. Também a inteligência artificial, sobretudo enquanto não senciante, não eleva a coisa à qualidade de sujeito.

²¹ DINIZ, Mitchel. Meta: lucro da dona do Facebook cai 24%, para US\$ 5,08 bilhões, mas supera estimativas. *InfoMoney*, 26 abr. 2023. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/meta-lucro-da-dona-do-facebook-cai-24-para-us-508-bilhoes-mas-supera-estimativas/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

2 O objeto do direito das coisas

Imagine se, assim como aconteceu com o extinto *Orkut*, o *Meta* anunciasse a descontinuação do *Facebook* e do *Instagram*, por quaisquer motivos, inclusive o econômico. Será que, como reação dos usuários, ações seriam ajuizadas no intento de obrigar a empresa a manter *on-line* seus serviços? Ou, inevitavelmente, perderíamos o acesso a nossos perfis?

Imagine, como sói ocorrer com inúmeros jovens jogadores (*homo ludens*, no sentido de Vilém Flusser),²² investir considerável tempo de vida e moeda de curso forçado em um *avatar* ou *char*,²³ dentro de um jogo *on-line*, para os mais variados fins (como exemplo, evoluir suas habilidades e poderes, acessar áreas restritas, completar missões e vencer desafios, além de ser mais admirado dentro da comunidade de jogadores) e, de repente, ter que lidar com o fim do servidor do jogo, diante do encerramento das atividades da empresa provedora do serviço.

Imagine, ainda, um usuário que se utiliza de uma carteira digital *on-line* (*hot wallet*) para operar seus *bitcoins*, via *blockchain*. Essa carteira, mantida *on-line* por uma corretora, fornece uma interface básica que permite ao usuário transacionar no sistema, mas, de maneira diferente de outros tipos de carteira (como a *hardware wallet*), é a própria corretora quem custodia as criptomoedas, que, assim, não estão completamente sob o controle do usuário, podendo se tornar inacessíveis em caso de instabilidade, ataques ou mesmo do encerramento das atividades da corretora.

Diante dessas situações hipotéticas, precisamos saber de quais direitos somos titulares sobre os bens digitais que usamos. Para encontrarmos a resposta, faz-se necessário voltar ao estudo da posse e dos direitos reais. Somente depois disso, pode-se cogitar tratar da chamada herança digital.

A par da clássica lição de Pontes de Miranda, a posse é um fato puro (*res facti*), não um direito (*res iuris*), como já diziam os romanos (*rem facti non iuris esse*). Sendo um poder fático e estando no mundo fático (não no mundo jurídico, a princípio), ela representa o estado de fato de quem se acha na possibilidade concreta de exercer poderes sobre uma coisa, como o de usar, fruir, dispor. A posse, portanto, é sobre a coisa uma senhoria fática, sendo possuidor quem se assenhoreia da coisa.

²² O *homo ludens* contemporâneo, desinteressado pelas coisas, vive em um mundo simulado, virtual. Não quer fazer nem ter, agir ou trabalhar, mas, sim, viver, sentir, desfrutar e brincar (jogar). Cf. FLUSSER, Vilém. *O mundo codificado: por uma filosofia do design e da comunicação*. São Paulo: Cosac Naify, 2007. p. 51-65.

²³ O termo inglês *char* é a abreviação de *character*, amplamente utilizado no universo *gamer*. Do inglês, um *playable character* é um personagem jogável dentro de determinado *game*. Enquanto o *char* tem sua *persona* própria, o *avatar* representa virtualmente o jogador em si, não um personagem concebido.

Essa coisa, como lembrava²⁴ o saudoso professor Luciano de Camargo Penteado, objeto da posse, é um bem corpóreo passível de valoração econômica e de imputação patrimonial privada (apropriação pela pessoa), que satisfaça uma necessidade do sujeito, ainda que estejamos diante da *contemporaneidade do fenômeno da era digital*, em que as não coisas flutuam sem materialidade. Contudo, nessa sociedade pós-factual, observamos certos esforços por parte de alguns juristas no sentido de tornar incorpóreo aquilo que é corpóreo, de desmaterializar a propriedade.

Mais recentemente, Marcos Ehrhardt Jr. e Everilda Brandão defenderam ser preciso repensar o modelo de apropriação de bens, considerando que vivemos em uma era digital. Para os autores, “a estrutura clássica do pertencimento, assentada com a modernidade, erguida sobre a exclusividade e corporeidade do objeto de apropriação, vê-se diante de novos modelos de pertencimento”.²⁵ Tal entendimento nos remete à doutrina²⁶ de Judith Martins-Costa, quando sustentava a necessidade de repensar a noção de coisa, para fins de aplicar as categorias da propriedade, posse e usucapião a bens sem lastro corporal.

Em que pesem as respeitáveis doutrinas, comungamos do entendimento perflhado por Luciano de Camargo Penteado, que também o fora por Pontes de Miranda, para os quais a coisa pressupõe a corporeidade, podendo ser tocada (*res corporales sunt quod tangi potest*) e compartilhada pelo homem. A posse, sendo um poder fático, refere-se a esses bens que são coisas, explícita ou implicitamente.

É justamente a corporeidade da coisa que nos permite, naturalmente, sobre ela exercer posse. Mais que isso, a corporeidade nos habilita a defender a posse direta e imediatamente, sem depender de terceiros, como na legítima defesa da posse, quando diante de turbação ou ameaça, e no desforço imediato, quando diante de esbulho, conforme inteligência do art. 1.210, §1º, do Código Civil.

Aliás, como seria possível proteger a suposta posse de um perfil, dentro de uma rede social como *Facebook* ou o *Instagram*, até mesmo contra a empresa que os mantêm *on-line*? Como empreender desforço imediato quando um perfil criado em redes sociais é suspenso ou excluído pela provedora do serviço, ao considerar que o conteúdo ali publicado pelo usuário é contrário a seus termos de uso? Em

²⁴ PENTEADO, Luciano de Camargo. Que coisa é a coisa? Reflexões em torno a um pequeno ensaio de Carnelutti. *Revista de Direito Privado*, v. 39, p. 249-258, jul/set. 2009.

²⁵ BRANDÃO, Everilda; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a (in)eficiência da teoria clássica da propriedade para disciplinar a titularidade dos bens digitais. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 8, n. 4, 2022. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-8-2022-n-4/279>. Acesso em: 28 jun. 2023.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Usucapião de coisa incorpórea: breves notas sobre um velho tema sempre novo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Pereira Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 647.

casos que tais, para recuperar o acesso seria necessária a cooperação da própria rede social (inclusive por meio do Judiciário), longe indo de alguma autotutela.

Antes mesmo de se pensar em defender a suposta posse, já seria difícil identificar quem seria o dito possuidor a defendê-la, e isso porque vários bens digitais são facilmente replicáveis *on-line*, bastando o comando “copiar e colar” ou um mero clique no “compartilhar” para que o conteúdo seja passado adiante na internet. Nem se diga do acesso *on-line* simultâneo, cada usuário a partir de seu próprio dispositivo eletrônico. Se entendermos possível que os vários usuários com acesso sejam igualmente possuidores de um mesmo bem digital, estaremos admitindo uma perigosa posse multitudinária de um bem incorpóreo, com possibilidade de pretensões possessórias de uns contra os outros. Nesse caso, quem teria a *melhor posse*?

Em um jogo digital *on-line*, por exemplo, normalmente só se admite um único usuário para cada *avatar* ou *char*, a fim de se evitar que eles sejam mais rapidamente evoluídos (*power leveling*) dentro do sistema do jogo, tendo em vista ser prática comum (embora, geralmente, contrária às regras, pois implica prejuízo da competitividade) que dois ou mais jogadores dividam a senha de acesso e se dediquem, cada um a seu turno, ao melhoramento de um mesmo personagem jogável.

Daí surge a questão: todos os que souberem da senha de acesso são possuidores? Todos eles são legitimados para mover ações contra a empresa provedora do jogo, em caso de suspensão e banimento? Repare-se que, se consideramos possível o haver posses nesse caso, os termos de uso que proíbem o múltiplo acesso seriam letra morta, porque a posse é um estado de fato (ou fato puro), não de direito.

Nesse panorama virtual, veja-se que há dificuldades em se saber *quem* é o possuidor, desde *quando* se é possuidor, e *como* a posse foi adquirida. Isso porque os bens digitais, incorpóreos que são, não nos permitem verificar a tença (contato físico), nem vislumbrar a possibilidade fática de se exercer poderes concretos sobre eles, exceto se o bem for armazenado em suporte palpável, como sucede no caso literário dos *digientes*, quando a inteligência artificial encontra um corpo robótico no mundo das coisas, havendo, com isso, a junção de *hardware* e *software* (este que, na era das não coisas, subordina aquele).

Se já é difícil conceber a mera posse sobre bens digitais, muito mais o será pensar em direitos reais, que se transmitem entre vivos, quando coisa móvel, pela tradição (*traditio*), e quando coisa imóvel, pelo registro. Ainda mais porque tais direitos têm como características a inerência, a ambulatoriedade e a tendência à perpetuidade.

A inerência decorre do fato de que os direitos reais têm como objeto direto e imediato a coisa, que se aproxima do sujeito na medida em que se torna diretamente imputada ao seu patrimônio, sem qualquer intermediário (pois não se destina a

uma relação de cooperação com outros sujeitos, como ocorre no direito das obrigações). Como decorrência disso, tem-se o efeito da ambulatoriedade, significando dizer que os direitos reais acompanham a coisa onde quer que ela se encontre, permitindo o exercício da pretensão de sequela direta sobre ela.

De modo completamente distinto, os direitos obrigacionais dependem sempre de um terceiro para sua efetivação, justo por não haver neles inerência e ambulatoriedade. A cooperação necessária será do sujeito passivo da relação jurídica, ainda que, em caso de inadimplemento, ele seja compelido por decisão judicial que garanta o cumprimento do acertamento ou a sua conversão em perdas e danos.

Por necessário, mais uma vez voltamos à doutrina de Luciano de Camargo Penteadado, ao relembrar da distinção entre direitos relativos e absolutos. Nos direitos relativos, não há pretensão de sequela direta em direção ao bem, porque essa pretensão visará à condenação do devedor ao cumprimento específico ou alternativo da prestação. Ou seja, a pretensão, nesses casos, visa a um comportamento do sujeito passivo da relação. Assim se dá com o direito de crédito, por exemplo. Já no caso dos direitos reais, absolutos que são (não havendo um sujeito passivo específico, mas sujeitos passivos totais), o titular poderá perseguir, direta e imediatamente, as coisas.

Essa lógica relacional pode ser bem observada entre usuário e redes sociais, ou entre o jogador e o servidor do jogo, para ficarmos apenas nesses dois exemplos já citados. Perceba-se que, se determinado perfil, *char* ou *avatar* for vulnerado por algum ataque *cracker*, inviabilizando o acesso do usuário, não haverá como resgatá-lo sem a cooperação da empresa provedora do serviço.

Note-se, ainda, que caso o ciclo de existência da empresa tiver se findado, não mais haverá alguém a ser demandado, de sorte que os bens digitais, os corpos eletrônicos e todo o conteúdo ali inserido se perderá com a plataforma, como aconteceu, mais uma vez lembrando, com o *Orkut*. Não há direito real sobre o patrimônio da empresa, a menos que se entenda razoável obrigá-la a se manter operante, a despeito de o serviço ter se tornado economicamente inviável.

Daí se concluir que grande parte dos bens digitais são objeto de uma relação jurídica entre usuário e provedor de serviços, e só existem, de modo geral, dentro de determinada plataforma, enquanto o provedor do serviço se mantiver *on-line* e funcional. Não são, nessa espécie, dotados de existência própria (mas de existência *através* ou *por meio de*), em razão de não estarem corporificados. Não há que se falar, portanto, de direito real, que traz consigo a nota da perpetuidade.

Tampouco se tratará de posse, como já dito, enquanto não houver suporte material para o bem digital, a menos que a lei determine o exato momento em que se adquire a posse em cada caso, e o modo de transmissão de cada um desses bens. Caso a legislação assim o faça, aí seria possível falar-se não só de posse,

mas até mesmo de usucapião e, conseqüentemente, de propriedade. Somente a lei pode, por exemplo, definir que um bem incorpóreo, como a energia elétrica, seja passível de furto, como se coisa fosse (art. 155, §3º, do Código Penal).

3 Sucessão *mortis causa* de bens digitais

Pontes de Miranda nos ensina que, ocorrendo a morte ou sendo ela declarada, transmite-se automaticamente aos herdeiros legítimos ou testamentários “a titularidade dos direitos, pretensões, ações e exceções, bem como a posse, que se compreendem na herança”. Essa herança, em sentido estrito, é o que passa do morto a outra pessoa ou a outras pessoas, como *patrimônio* ou *parte de patrimônio*, com toda a propriedade, a posse, os direitos reais e os pessoais.

A posse é conservada e transmitida como posse, e os direitos reais são transmitidos com os mesmos caracteres. O crédito transferível e as dívidas do *de cujus* assim são sucedidos nos limites da herança, bem como as pretensões, as obrigações e as ações. Daí ser preciso saber o que se transmite quando falamos de bens digitais: crédito, posse ou propriedade?

É lugar-comum falar da chamada herança digital como se essa massa incorpórea fosse um crédito facilmente transmissível. Contudo, de crédito não se trata. Trata-se da transmissão de não coisas que, no mais das vezes, dependem de provedores de serviço para serem mantidas *on-line* e acessíveis (modelo cliente-servidor). Essas não coisas (ou *inobjetos*), ao contrário da coisa (objeto de direito das coisas), ainda que possam ser economicamente valoradas, não são imputáveis ao patrimônio do usuário.

Como usuários, normalmente, não pagamos um valor monetário para termos acesso a redes sociais. Não compramos nossos perfis. O preço que se paga é implícito, como já dissemos alhures. Nas palavras de Byung-Chul Han:

O próprio capitalismo neoliberal é *smart*. O poder *smart* não funciona com mandamentos e proibições. Ele não nos torna obedientes, mas dependentes e viciados. Em vez de quebrar nossa vontade, ele atende às nossas necessidades. Ele quer nos agradar. É permissivo e não repressivo. Ele não nos impõe o silêncio. Antes, somos constantemente incentivados e convidados a compartilhar e comunicar nossas opiniões, preferências, necessidades e desejos, a narrar nossas vidas. Ele torna sua intenção de dominação invisível ao se chegar de mansinho como bastante amigável, apenas *smart*. O sujeito subjuga-do nem sequer está ciente de sua subjugação.²⁷

²⁷ HAN, Byung-Chul. *Não-coisas: reviravoltas do mundo da vida*. Tradução de Rafael Rodrigues Garcia. Petrópolis: Vozes, 2022. p. 52-53.

Liberdade e dados pessoais são a moeda de troca pelo serviço prestado, de modo a restar preenchido o requisito do art. 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, que define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração.

Nessa relação consumerista, há bens digitais que só existem e são acessíveis a partir de uma plataforma com políticas próprias, com termos de uso específicos. Não podemos desconsiderar isso apenas para satisfazer nossa mentalidade patrimonial. Um serviço prestado é objeto de uma relação jurídica relativa e não pode ser transmudado à categoria de coisa apropriável, objeto de uma relação jurídica real e absoluta.

Aliás, muito se tem falado acerca da economia do compartilhamento, da mudança da noção de propriedade exclusiva para a inclusiva, da experiência do acesso, de *time-sharing*. Esse discurso, ao olharmos de perto, torna-se bastante contraditório quando constatamos que muitos dos que o apregoam têm tratado dos bens digitais sob a ótica do possuidor ou proprietário, e não do consumidor-usuário, porque este precisa aderir aos termos de uso do serviço.

Essa reflexão sobre a possibilidade de apropriação, entretanto, é questão prejudicial a qualquer transmissão. Antes mesmo de cogitar uma herança digital, é imprescindível se atentar à política de transmissibilidade e acessibilidade de cada plataforma (contato herdeiro), porque o uso dos bens digitais, em regra, depende da cooperação do fornecedor do serviço, não sendo possível que o usuário exerça poderes fáticos sobre essas não coisas de forma direta e imediata, pelo menos enquanto a lei não definir como.

Nesse contexto, parece-nos que o ponto nodal da discussão não é a transmissão da posse ou de direitos reais sobre bens digitais, mas a possibilidade de se conceder o acesso, após a morte de seus usuários, a outros interessados, a propósitos específicos, sem se descuidar do direito à privacidade, ao esquecimento e ao sigilo das comunicações. Para tanto, caso os termos de uso não autorizem esse acesso, a via processual adequada não será a possessória ou a petítória, mas a ordinária.

Por essas razões, apesar de respeitáveis vozes em contrário, entendemos não ser necessário remover a propriedade do rol taxativo do art. 1.225 do Código Civil, tornando-a instituto próprio do direito das obrigações e, assim, dispensando a tradição e o registro. A propriedade deve permanecer como um tipo de direito real e continuar incidindo sobre bens tangíveis e palpáveis.

Não estamos a dizer, com isso, ser absolutamente impossível a incidência de direitos reais sobre bens digitais. Consoante nos ensinava Luciano de Camargo Penteadó, os bens incorpóreos podem seguir a disciplina normativa dos direitos reais, mas esse fato seria excepcional. Para tanto, necessário somente verificar

se há uma forma prevista, pela norma jurídica, para a transmissibilidade do direito que recai sobre esse tipo de bem. Esse seria, em suas palavras, o *bilhete de entrada* para o regime de direito das coisas.

Considerações finais

Em meio a tantos simulacros e simulações, em que real e virtual se confundem e se unificam, não podemos nos descuidar dos conceitos e classificações jurídicas clássicas, que ajudam a lançar luz sobre as tantas novas questões trazidas pelo avanço tecnológico. Não há dúvidas de que o direito está sempre um passo atrás das constantes inovações tecnológicas, mas nem sempre as soluções necessárias reclamam novas legislações.

Por isso a importância de lembrar que coisa é a coisa, objeto do direito das coisas, como já o fazia Luciano de Camargo Penteado. Essa coisa é o centro de uma relação jurídica real, que induz sujeito passivo universal (dever geral de abstenção dentro de determinado território, sob a vigência de um ordenamento jurídico), espécie de bem marcada pela corporeidade, passível de valoração econômica (bem dentro do comércio) e de imputação patrimonial privada, de maneira a satisfazer uma necessidade do sujeito que dela se apropria.

Já os bens digitais (não coisas que simulam as coisas no mundo digital) são objeto, de modo geral, de uma relação consumerista firmada, de um lado, pelo usuário-consumidor e, de outro, pelo fornecedor de serviços que mantém *on-line* uma plataforma digital, sujeita às forças do mercado e ao avanço da tecnologia, de sorte que o negócio pode, a qualquer tempo, tornar-se inviável e, conseqüentemente, o usuário poderá perder acesso à plataforma e a tudo que nela foi inserido.

Mais um motivo por que não há direitos reais sobre os bens digitais, tendo em vista que tais direitos são tendentes à perpetuidade, enquanto as não coisas mantêm uma margem muito estreita de atualidade e não são polos de repouso da vida.

Não estando o bem digital no mundo das coisas, despojado de suporte físico, não há que se falar em posse, pois esta é a concreta possibilidade de se exercer sobre as coisas poderes fáticos, inerentes à propriedade ou ao domínio, como nos ensinava Pontes de Miranda. Não sendo possível cogitar-se de posse sobre não coisas, muito menos caberá falar de propriedade, direito real dotado de inerência e ambulatoriedade, caracteres que viabilizam a seqüela direta e imediata sobre a coisa, à vista de sua corporeidade.

Ao fim, ficamos com a percepção de que as relações jurídicas em meio virtual não são completamente homólogas às relações jurídicas em meio físico. Embora hoje seja possível afirmar que a existência humana compreende uma dimensão física e

outra digital, e que as não coisas invadiram o mundo por todos os lados, é certo que os bens da vida, enquanto coisas, repousam no mundo físico e, somente assim, estabilizam a vida.

Por tudo isso, os bens digitais que hoje conhecemos, providos como serviço, não seguem o regime de direito das coisas, haja vista a inexistência de suporte corpóreo que lhes materializem. Daí por que não se pode falar, como muito se tem visto, na transmissão imediata da posse ou de direitos reais sobre esses bens, por força do falecimento do usuário-consumidor. Só se poderia falar na transmissão *mortis causa* de posse e propriedade de bens digitais se a lei definisse, à vista das peculiaridades técnicas de cada um dos bens digitais, como essa posse ou propriedade são adquiridas e transmitidas.

Não sendo esse o caso, somente se pode falar na *tutela do acesso*, levando em consideração o direito à privacidade, ao esquecimento, ao sigilo das telecomunicações e, não menos importante, os termos de uso de cada uma das plataformas providas como serviço. No silêncio da lei ou diante da negativa do provedor de serviços, entende-se que, em regra, esses bens digitais não devem ser acessados ou usados por terceiros após a morte do titular, ainda que tenha sido essa sua vontade. O acesso *post mortem*, nesse contexto, muito excepcionalmente deve ser admitido, apenas em situações juridicamente justificadas, mediante provimento jurisdicional.

Referências

AGRELA, Lucas. Orkut completa 10 anos com 6 milhões de brasileiros ativos. *Exame*, São Paulo, 24 jan. 2014. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/orkut-completa-10-anos-com-6-milhoes-de-brasileiros-ativos/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e simulações*. Lisboa: Antropos, 1991.

BRANDÃO, Everilda; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Breves notas sobre a (in)eficiência da teoria clássica da propriedade para disciplinar a titularidade dos bens digitais. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 8, n. 4, 2022. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-8-2022-n-4/279>. Acesso em: 28 jun. 2023.

CURY, Maria Eduarda. Em 50 anos, o Facebook terá mais usuários mortos do que vivos, diz estudo. *Exame*, São Paulo, 9 maio 2019. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/em-50-anos-o-facebook-tera-mais-usuarios-mortos-do-que-vivos-diz-estudo/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

DINIZ, Mitchel. Meta: lucro da dona do Facebook cai 24%, para US\$ 5,08 bilhões, mas supera estimativas. *InfoMoney*, 26 abr. 2023. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/meta-lucro-da-dona-do-facebook-cai-24-para-us-508-bilhoes-mas-supera-estimativas/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

FACEBOOK ultrapassa oficialmente o Orkut no Brasil. *Exame*, São Paulo, 17 jan. 2012. Disponível em: <https://exame.com/tecnologia/facebook-ultrapassa-oficialmente-o-orkut-no-brasil/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

FLUSSER, V. *Medienkultur*. Frankfurt: [s.n.], 1997.

GABRIEL, João; SMITH, Manoella. Coronavírus faz famílias recorrerem a velórios online e transforma processo de luto. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 2 abr. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/04/coronavirus-faz-familias-recorrerem-a-velorios-online-e-transforma-processo-de-luto.shtml>. Acesso em: 28 jun. 2023.

HAN, Byung-Chul. *Não-coisas*: reviravoltas do mundo da vida. Tradução de Rafael Rodrigues Garcia. Petrópolis: Vozes, 2022.

LAMAS, João Pedro. Idosa de 82 anos usa NFT para comprar 20% de apartamento no RS; entenda como funciona o sistema. *G1 RS*, Rio Grande do Sul, 23 dez. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2021/10/23/professora-de-82-anos-de-porto-alegre-compra-primeiro-apartamento-digitalizado-do-brasil.ghtml>. Acesso em: 28 jun. 2023.

MARTINS-COSTA, Judith. Usucapião de coisa incorpórea: breves notas sobre um velho tema sempre novo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Prof. Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MASSA, Luísa. Facebook e Instagram deixam de censurar fotos e vídeos de parto vaginal. *Bebê.com.br*, 17 maio 2018. Disponível em: <https://bebe.abril.com.br/parto-e-pos-parto/facebook-instagram-censurar-fotos-parto-vaginal/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

O QUE é a Web 3.0 e como ela se relaciona com o mercado de criptoativos. *InfoMoney*, 8 nov. 2022. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/web-3-0-e-criptoativos/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Que coisa é a coisa? Reflexões em torno a um pequeno ensaio de Carnelitti. *Revista de Direito Privado*, v. 39, p. 249-258, jul/set. 2009.

RODOTÀ, Stefano. *Globalização e o direito*. Palestra proferida em 2003, no Rio de Janeiro. Tradução Myriam de Filippis. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/151613/DLFE-4314.pdf/GlobalizacaoeoDireito.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2023.

WHINDERSSON e Maria Lina mostram ultrassom do filho: “1ª foto em família”. *Revista Quem*, 4 fev. 2021. Disponível em: <https://revistaquem.globo.com/QUEM-News/noticia/2021/02/whindersson-e-maria-lina-mostram-ultrassom>. Acesso em: 28 jun. 2023.

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

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de; ANDRADE, João Paulo Babini de. Bens digitais e o regime de direito das coisas: uma análise que precede o debate sobre herança digital. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 33, n. 2, p. 281-296, abr./jun. 2024. DOI: 10.33242/rbdc.2024.02.014.

Recebido em: 21.07.2023

Aprovado em: 13.08.2023