

Análise de Institutos do Direito a partir dos Conceitos Jurídicos: o caso da Herança Digital

Analysis of Legal Institutes Based on Legal Concepts: the case of digital inheritance

Análisis de Institutos del Derecho a partir de los Conceptos Jurídicos: el caso de la herencia digital

Gustavo Henrique Baptista Andrade*

Resumo

A partir da historicidade concernente à temática dos conceitos jurídicos e sob modelo teórico da metodologia civil constitucional, o artigo dedica-se à importância dos conceitos jurídicos na análise dos institutos do direito. A partir de uma perspectiva conceitual, e diante de elementos da teoria geral do direito civil e do direito das sucessões, analisa-se a herança digital na busca de inserir o tema na categoria jurídica adequada. Constata-se que o ambiente onde devem ser tutelados direitos e solucionados problemas relacionados à herança digital é o patrimonial e o dos direitos da personalidade. Propõe-se, ao final, reflexão sobre a possibilidade de tutelar as duas naturezas – patrimonial e existencial – para além da classificação atualmente utilizada.

Palavras-chave: conceito jurídico; bens digitais; herança digital; categoria híbrida.

Abstract

Based on the historicity concerning the theme of legal concepts and under the theoretical model of constitutional civil methodology, the article is dedicated to the importance of legal concepts in the analysis of Law institutes. From a conceptual perspective and before elements of the general theory of Civil Law and Succession Law, digital inheritance is analyzed in an attempt to insert the theme into the appropriate legal category. Since it is verified that the environment where rights should be protected and problems related to digital inheritance should be solved is that of assets or of the personality rights, it is proposed, at the end, to reflect on the possibility of protecting the two natures of the digital inheritance – both patrimonial and existential – and the goods insert on it, beyond the classification currently used.

Keywords: legal concept; digital assets; digital inheritance; hybrid category.

Resumen

A partir de la historicidad relacionada con la temática de los conceptos jurídicos y bajo el modelo teórico de la metodología civil constitucional, el artículo se centra en la importancia de los conceptos jurídicos en el análisis de los institutos del derecho. Desde una perspectiva conceptual y considerando elementos de la teoría general del derecho civil y del derecho sucesorio, se analiza la herencia digital con el objetivo de situar el tema en la categoría jurídica adecuada. Se constata que el ámbito donde deben tutelarse los derechos y resolverse los problemas relacionados con la herencia digital es el patrimonial y el de los derechos de la personalidad. Finalmente, se propone una reflexión sobre la posibilidad de tutelar ambas naturalezas – patrimonial y existencial – más allá de la clasificación actualmente utilizada.

Palabras clave: concepto jurídico; bienes digitales; herencia digital; categoría híbrida.

* Pós-Doutorado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ (em andamento). Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Especialista em Direito Privado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Procurador Judicial do Município de Recife. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Salesiana do Nordeste - FASNE, onde também leciona. Professor do Curso de Especialização em Direito de Família da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização das Relações Privadas.- UFPE. Membro do Grupo de Pesquisa Historicidade e Relatividade do Direito Civil - UERJ. Diretor Secretário do Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Pernambuco - IBDFAM/PE - Biênio 2016/2017. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Pernambuco. Membro da Comissão de Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Civil - IBDCivil. Diretor Científico e Cultural da Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor - ADECCON.

1 Introdução

Este artigo apresenta uma proposta de reflexão acerca da importância dos conceitos jurídicos na análise de institutos sobre os quais podem pairar certa incerteza e, por consequência, alguma dificuldade com relação à sua compreensão, tutela e adequada regulamentação. Tal fato está diretamente ligado ao surgimento de novas situações jurídicas e da necessidade de acomodá-las no sistema.

Toma-se como exemplo prático o que se convencionou chamar de herança digital, que corresponde à transmissão do acervo digital de uma pessoa, decorrente da morte de seu titular.

Como é consabido, existe uma infinidade de dados pessoais armazenados nas mais diversas plataformas e redes sociais, aos quais se somam ilimitada quantidade de bens igualmente armazenados em ambiente virtual, a exemplo de fotografias, vídeos, mensagens, aqui incluídos os e-mails etc.

A questão da transmissão *post mortem* do acervo digital de uma pessoa origina-se, então, de uma polêmica vinculada à natureza do bem, representado pelo arquivo armazenado virtualmente. Tal questão, de imediato, estabeleceu a abertura de espaço para duas correntes doutrinárias, as quais divergem acerca da transmissão automática de tais bens.

A ausência de uma lei específica ou de uma previsão legislativa sobre o problema alimenta a divergência, que reside no entendimento, por uma das correntes, de que a totalidade dos bens da pessoa falecida pode ser transmitida a seus herdeiros, inclusive do acervo digital e no posicionamento adotado pela outra, de que a transmissão pode ocorrer, porém não de forma integral, como defende a primeira linha de pensamento. Isso acontece porque o autor da herança pode possuir bens digitais – e até não digitais – que sejam expressão de sua privacidade e dependência, neste caso, da declaração de vontade de seu titular para a transmissão (Malheiros; Aguirre; Peixoto, 2018).

Podem também compor o acervo hereditário bens que sejam expressão de um dos direitos da personalidade, mas cuja dimensão econômica pode ser transmitida, como acontece com o direito de imagem. É neste último conjunto que pode ser encontrada uma maior dificuldade para lidar com os aspectos práticos da transmissão hereditária. São os bens híbridos que denotam expressão de direitos da personalidade, mas que possuem conteúdo econômico.

O presente artigo busca demonstrar que problemas de interpretação e, portanto, de manejo dos institutos jurídicos na persecução da solução adequada para os casos concretos estão umbilicalmente ligados aos conceitos jurídicos. A ausência de maior precisão no enquadramento de dado instituto na categoria jurídica apropriada é também um contributo para dificuldades em sua compreensão e aplicação.

Através de uma análise filosófica dos conceitos jurídicos, o artigo pretende demonstrar que se encontram, nessa seara, as soluções para as dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito nos mais diversos campos e também na herança digital.

Para tal finalidade, o texto se apresenta estruturado em três partes, a primeira se dedicando a uma análise filosófica dos conceitos jurídicos, como acima mencionado, seguida da apresentação de como esses conceitos podem auxiliar a prática do direito através do enfrentamento de novos temas e institutos, a exemplo da herança digital, com as definições e problemas a ela correlatos. Ao final, analisam-se os bens que compõem o acervo digital e demonstra-se a necessidade de se debruçar sobre a complexidade do sistema, porém não com o intuito de reduzi-la, mas de enfrenta-la. Pensa-se, então, em um modo de construir novas possibilidades de interpretação, proporcionando, ao operador do direito, o uso correto dos conceitos e das categorias jurídicas, com vistas a promover sua melhor compreensão e facilitar a busca pela solução adequada das demandas que podem surgir de uma maneira geral, e em especial, no que concerne à herança digital, a partir do momento da abertura da sucessão, sejam relacionadas ao acesso, à administração ou à própria transmissão do acervo digital de *de cujus*.

A metodologia civil constitucional foi a opção adotada neste trabalho por sua pertinência com a historicidade e com a funcionalização dos institutos apresentados. Essa metodologia atribui função promocional às estruturas dos modelos jurídicos, permitindo a consecução dos fins sociais que não podem ser alcançados por outras formas de controle social. Como apregoa a doutrina de Norberto Bobbio, a integração da função promocional à função protetivo-repressiva força o deslocamento da concepção do direito como forma de controle social para a concepção do direito enquanto forma de controle e direção social (Bobbio, 2007, p.209).

1.1 A importância dos conceitos jurídicos sob uma abordagem filosófica

No campo da historicidade do direito e suas contingências, há uma categoria cuja elaboração é desafiadora. Trata-se dos conceitos jurídicos.

A própria reflexão sobre a historicidade penetrou no direito de uma forma reduzida enquanto história, no sentido de algo findo, passado, do que como uma experiência cultural inacabada a compor uma renovada ciência jurídica.

A Escola Histórica do Direito (séc. XIX) revelou, na historicidade do direito, uma manifestação do espírito do povo, “uma nova experiência fundamental do historicismo” (Wieacker, 2004, p.407). Atribui-se a Savigny, Puchta, Beseler, Ihering e Gierke, tanto quanto a Marx – este pelos estudos sobre a alienação do homem na sociedade de mercadorias – uma busca pela identidade da consciência jurídica com caráter histórico, mas também social. Coube a Puchta, discípulo de Savigny, a partir de uma clara visão voltada aos problemas sociais, refletir sobre a titularidade da criação do direito, concebendo uma teoria das fontes do direito com destaque em um sistema em que o jurista é autorizado a criar normas jurídicas a partir dos conceitos, fundando então a Jurisprudência dos Conceitos. A crítica mais contundente a essa Escola ficou a cargo de Ihering, por meio da Jurisprudência dos Interesses, que enxergava como inversão o método de deduzir a norma e a decisão jurídicas partindo do conceito. Para a Jurisprudência dos Interesses, a norma, a decisão e também a valoração social é que devem ser o ponto de partida para a indução através da qual o sistema e os conceitos devem ser produzidos (Wieacker, 2004, p.457).

À contribuição do historicismo alemão, segue-se o positivismo científico da primeira metade do século XIX, com os trabalhos de codificação do direito comum, bem como o positivismo legalista, com grande influência na Itália, na Suíça e na América do Sul.

Já no século XX, o Círculo de Viena, expoente da filosofia da linguagem, promoveu impacto direto no direito, assim como a Escola de Frankfurt, que se projetou longamente e cujas ideias e pensamentos tiveram o condão de unir reflexões voltadas à questão social em inquietações direcionadas à personalidade individual, discutindo-se, então, marxismo e psicanálise, análise sobre razão contemporânea e técnica. Dado o horizonte e seu alcance descortinado pelo grupo de Frankfurt, que se levantou contra a racionalidade no sentido de dominação, passou o pensamento frankfurtiano a ser conhecido como Escola da Teoria Crítica.

Outra Escola com grande repercussão na linguagem e, por consequência, no discurso jurídico, foi o já mencionado Círculo de Viena, que reproduziu o pensamento pulsante existente na metade do século XX, apto a quebrar paradigmas em uma sociedade – e porque não dizer cidade – refratária às mudanças impostas pela época nas artes, nas ciências, nos comportamentos. Um dos maiores destaques do Círculo de Viena foi o filósofo Ludwig Wittgenstein, crítico ferrenho da metafísica na fase inicial do seu pensamento, retratada na obra *Tractatus Logico-Philosophicus*. Nela, Wittgenstein se propôs a estabelecer o estatuto e os fundamentos da lógica, cuja crítica à filosofia tradicional se consubstancia em uma atividade filosófica, destinada a desviar a filosofia dos caminhos que não podem levá-las a seus fins próprios, mas apenas a confusões e contrassensos. O *Tractatus* abstrai o misticismo dos temas tradicionais da metafísica – Deus, o sujeito, o mundo como totalidade – para determinar que a revelação da estrutura essencial da proposição (lógica) é o que revela a estrutura essencial do mundo (Wittgenstein, 2022, p. 103).

Por fim, nesse recorte proposto para que se compreenda o papel dos conceitos no direito, ressalta-se a Escola jusfilosófica dinamarquesa, de cunho positivista, também conhecida como Escola de Copenhagen, representante do realismo escandinavo, com grande destaque para Alf Ross. Este, por sua vez, recebe influência da crítica filosófica à linguagem, nitidamente em face do movimento em curso em Viena e também em Cambridge, onde se defendia a reconstrução realista dos conceitos do direito, buscando um conhecimento empírico dos mesmos (Ross, 2007, p.9). A ideia defendida era a de que o verdadeiro caminho científico para a análise e conhecimento do direito deve ser percorrido pela firme compreensão a respeito das classes de proposições válidas cientificamente. O mesmo autor levanta a questão da natureza do direito, cuja resposta perpassa a linguística. Ross afirma que a expressão linguística é uma organização consciente da linguagem na utilização real, oral ou escrita” (Ross, 2007, p.29). E distinto da expressão é o seu significado. Este pode ser expressivo, quando a expressão representa a própria experiência que lhe deu causa ou representativo, a indicar um estado de coisas. Quando o seu significado é expressivo, a correspondente expressão será a manifestação de um impulso para comunicar o fato a uma outra pessoa. Já no significado representativo, dá-se o nome de asserção. Esta pode ser abstraída da própria expressão e do contexto da experiência associados a ela, pode ter sua verdade ou falsidade verificada. Há expressões que podem conter tanto significado expressivo quanto significativo. O significado expressivo, no entanto, nada representa, mas expressa uma experiência, como acontece com um grito de dor, por exemplo. O significado, neste caso, não pode ser separado da experiência. Conclui Ross que as expressões linguísticas utilizadas nas regras jurídicas, por seu teor lógico, não possuem significado representativo, porém têm a intenção de exercer influência. Por isto são chamadas de expressões diretas:

Nós também, portanto, expressamo-nos como se algo houvesse cobrado existência entre o fato condicionante (fato jurídico) e a consequência jurídica condicionada. Esse algo é um crédito, um direito subjetivo que, tal como um agente intermediário ou um elo causal, provoca um efeito ou fornece a base para uma consequência jurídica. Não podemos negar, totalmente, que para nós essa terminologia está associada à ideia mais ou menos indefinida de que um direito subjetivo é um poder de natureza incorpórea, uma espécie de domínio interno e invisível sobre o objeto do direito subjetivo, um poder que somente se exterioriza no exercício da força (sentença e execução), mediante o qual o uso e gozo fático e aparente do direito subjetivo ocorre sem confundir-se com essa exteriorização (Ross, 2004, p.31).

Já na doutrina jurídica, as expressões linguísticas usadas, ainda que se referindo ao direito vigente, são proposições assertivas, não do direito, mas sobre o direito. No texto intitulado Tû-Tû, onde tenta demonstrar que a operacionalização do discurso jurídico é realizada com palavras sem significado, manipuladas de forma técnica e que apenas atendem como apresentação do direito, Ross promove aguçada crítica aos sentidos do discurso jurídico, contribuindo para afastar ideologias que falseiam a realidade em nome de interesses “ocultos e inconfessáveis”, como afirma Alaôr Café Alves na apresentação da obra (Ross, 2004, p.9). O autor defende que o pensamento jurídico deve conceitualizar as normas sob a redução de uma ordem sistemática e, assim, oferecer uma versão do direito mais clara, o que ele propõe por intermédio de fórmulas lógicas que ligam fatos condicionantes a consequências jurídicas. E ao introduzir-se entre os fatos condicionantes e as consequências condicionadas um dado, uma palavra qualquer, esta não apresentará necessariamente um sentido ou uma referência semântica, mas servirá apenas como um instrumento de apresentação. É o que acontece, de certa maneira, com a expressão “herança digital”, como se tentará demonstrar adiante. O exemplo dado por Ross na mencionada obra, aqui apresentado de forma bastante resumida, é esclarecedor: ao enunciar-se que uma pessoa que comprou uma coisa pode obter a entrega dela, a atribuição de um conceito a tal situação poderia ser expressa por qualquer palavra. “Propriedade” foi a escolhida, porém qualquer outra pode substituí-la. Seja o fato jurídico, seja sua consequência ou ambos conjuntamente permanecerão válidos, independentemente do instrumento de apresentação, que pode ser a palavra “propriedade” ou qualquer outra (Ross, 2004, p.47).

Em um texto no qual indica ser o conceito jurídico elaborado com vistas a certa finalidade, José Rodrigo Rodriguez o aponta como instrumento para o exercício do poder. O autor usa como exemplo o conceito jurídico de “queijo parmesão”, conceito este que não possui outro fim senão o de dotar ao Estado o poder de fiscalizar e exercer controle sobre a produção e a comercialização desse gênero alimentício, bem como possibilitar ao consumidor a aquisição do produto pelo qual pagou (Rodriguez, 2007, p.53).

Os conceitos jurídicos, de tal maneira, servem tanto ao Estado, no exercício do poder, quanto à sociedade a ele sujeita, como uma referência. É a partir da maneira descrita que o Estado também cobra imposto sobre o produto em questão, julga os conflitos decorrentes das mais variadas situações jurídicas dela decorrente, tudo sobre o mesmo vocabulário, que serve de comunicação na seara do direito. Porém, para que tal comunicação ocorra, faz-se necessária certa estabilidade no sentido das palavras, cujas regras determinadoras fazem parte de um sistema. E é este sistema que define a maneira pela qual as palavras são usadas em determinado contexto, permitindo a comunicação e o entendimento de seu sentido. As regras que orientam o uso de determinada palavra devem ser aceitas e utilizadas, sob pena de o operador não as entender e não se fazer entender na comunicação em jogo (Rodriguez, 2007, p.55).

Antes uma descrição do que propriamente uma crítica, esta parte do trabalho tem a pretensão apenas de demonstrar a importância dada ao conceito jurídico nas diversas Escolas históricas. A precisão das palavras, nem sempre alcançada pela própria “comunicação em jogo”, no dizer de José Rodrigo Rodriguez, e sua adequação às diversas categorias jurídicas, têm o condão de atribuir maior segurança ao discurso jurídico, facilitar a solução de problemas e evitar a utilização equivocada dos institutos.

Partindo do conceito de herança digital, este trabalho se propõe a demonstrar o quanto é profícuo ao direito a utilização correta das categorias jurídicas.

As chamadas teorias gerais dos diversos ramos e até institutos jurídicos, comum na legislação brasileira, a exemplo da parte geral do Código Civil ou, no mesmo diploma, a teoria geral dos contratos, são inspiradas na pandectística alemã e, mais precisamente, na jurisprudência dos conceitos. Mais do que uma maneira de legislar, observa-se aqui a expressão da racionalidade lógico-jurídica, *locus* onde o direito atingiria seu grau mais expressivo, com a formulação de conceitos e categorias abstratas, a partir dos quais seria aplicado (Lôbo, 2024, p.20).

Nesse sentido, uma compreensão mais precisa acerca das situações jurídicas envolvidas no âmbito da herança digital e, por consequência, uma solução mais eficaz e definitiva para eventuais conflitos delas decorrentes, resultará da busca, pelo intérprete, da categoria mais adequada e do conceito mais pertinente, na tentativa de eliminar dificuldades da interpretação sistemática. A unidade hermenêutica, tão cara ao direito civil constitucional, que tem na Constituição o ápice conformador da elaboração e da aplicação da legislação civil, é desafiada pela complexidade do ordenamento jurídico, dada a pluralidade de fontes de direito.

O intercâmbio de elementos e relações que compõem o sistema jurídico, por sua vez, confere a ele uma grande variabilidade de eventos e situações, o que demanda e exige uma unidade hermenêutica, como forma de dominação racional desse universo (Ferraz Júnior, 2003, p. 253).

1.2 Os conceitos jurídicos na prática do direito

Assim como ocorreu no passado, porém hoje com maior frequência, é possível que o ordenamento absorva textos normativos com pouca logicidade, contendo termos imprecisos e dispositivos muitas vezes em confronto com outros marcos regulatórios. Ao Poder Judiciário cumpre o papel de debater eventuais discordâncias sobre o sentido das palavras e diminuir os conflitos delas decorrentes. À legislação, em seu sentido mais amplo, é que cabe, no entanto, modificar a referência a que se aludiu acima, naquilo que é ou não relevante para o direito, de onde é permitido concluir que “o direito tem o poder de manipular os conceitos, ampliando ou estreitando o seu sentido” (Rodríguez, 2007, p.57). Destarte, embora não se tenha destacado expressamente e de forma explícita, a doutrina tem papel fundamental na direção e na sedimentação desses conceitos.

A propósito da doutrina, dela deve ser o protagonismo, inclusive no âmbito dos conceitos jurídicos. O uso da palavra deve ter o máximo de precisão, buscando isentá-la de dubiedade. As categorias jurídicas são um grande auxílio em tal empreitada, nem sempre tão fácil e simples quanto possa parecer. Sim, porque muitas vezes um desafio se coloca diante do intérprete: o surgimento de novos fenômenos jurídicos sem palavra ou expressão que os traduza ou defina. Isto pode acarretar dificuldades para se chegar à compreensão correta do seu conceito e enxergar a categoria a qual ele pertence.

É possível observar, com clareza, as dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito no uso dos conceitos também em razão do impacto que o vocabulário gramatical exerce em uma ciência social. A filosofia analítica, em suas variadas apresentações, trouxe grande contribuição para o discurso jurídico. A gramática é considerada um conceito-chave na “primeira” filosofia de Wittgenstein, assim como também o método. Para esse filósofo, a gramática descreve o uso das palavras na linguagem e a relaciona com a descrição de um jogo ou suas regras; as regras do jogo que deve ser jogado. As regras gramaticais são regras para o uso das palavras, a explicar o significado dos sinais (Lin, 2021).

Essas reflexões levam, inevitavelmente, à constatação da importância da argumentação e do discurso jurídico. Na esteira do pensamento de Luiz Henrique Lopes dos Santos, prefaciador do *Tractatus Logico-Philosophicus*, a argumentação é o método filosófico por excelência. Para ele, se um texto não traz uma forma abertamente argumentativa pode levar o intérprete a uma liberdade de movimentos capaz de deformar a ideia articulada por seu autor (Wittgenstein, 2022).

Uma questão, no entanto, se coloca frente à argumentação e ao discurso jurídico e segue em paralelo aos conceitos, em virtude de ser o direito uma ciência social aplicada, na qual o fato social é um antecedente. Trata-se da estrutura do discurso jurídico, que tem a si arraigada uma cultura adversarial.

O pensamento que compõe essa cultura adversarial é binário e carrega dificuldades para que sejam suscitados espaços intermediários.

O filósofo francês Jean-François Six, já na Contemporaneidade, trouxe grande contribuição ao estudo da mediação como método alternativo de resolução de conflitos, combatendo o pensamento binário que vinha dominando a própria convivência entre as pessoas e apresentando, como contraponto, o pensamento da terceira possibilidade, da terceira via, de algo que existe para além da lógica binária (Six, 2001, p. 235).

O pensamento binário está entranhado na cultura adversarial a que todos são obrigados a conviver desde a mais tenra idade. É a lógica do “tudo ou nada”, do “ganhador-perdedor” que é imposta ao indivíduo, desde a educação básica até as bancas universitárias, inclusive nas faculdades de direito.

Para a terceira possibilidade, Six chama de “linguagem ternária”, a qual se contrapõe à linguagem binária, sendo esta a tradução do pensamento daqueles que veem tudo em preto e branco, que pensam o mundo como um grande campo de batalha entre o bem e o mal.

Os binários são também adeptos dos vastos consensos, em que se apagam os verdadeiros confrontos que permitem se chegar a um lugar intermediário, um terceiro termo, um espaço terceiro entre duas partes.

O pensamento binário também dominou o sistema jurídico e, de resto, o discurso, a argumentação e, porque não dizer, os conceitos jurídicos.

O sistema jurídico encontrou na binariedade um grande auxílio para a elaboração dos conceitos jurídicos. Sim, porque o pensamento binário sempre funcionou como um redutor de complexidades, ainda que tal condição, por muito tempo, não tenha percebido as limitações que essa escolha traria para o direito.

As mudanças sociais foram paulatinamente adquirindo cada vez mais velocidade e tornando ainda mais complexa a convivência entre as pessoas. Essa complexidade naturalmente bate às portas do direito, o qual tem se mostrado desafiado por não conseguir apresentar respostas suficientemente adequadas para demandas que não se ajustam ao seu modelo binário.

Verifica-se, claramente, a perplexidade e a dificuldade que tem o sistema jurídico para reorganizar-se. Faz-se necessário debruçar-se sobre essa complexidade, encontrando uma terceira via para os conceitos jurídicos binários.

O direito já enfrentou a questão da limitação trazida pelos conceitos binários, encontrando uma terceira via para tais conceitos, trazendo como consequência o alargamento de direitos fundamentais para o contexto social.

Na parte geral do Código Civil, o dualismo trazido pelo conceito de gênero entre o masculino e o feminino deu lugar à ampliação trazida pela terceira via, que abarcou a transexualidade.

No direito de família, o mesmo ocorreu com o reconhecimento do conceito de união estável, uma resposta adequada às limitações trazidas pelos conceitos anteriores de pessoa casada e solteira. Grande parte da dificuldade encontrada pelo sistema para acomodar a união estável é que esse tipo de família se apresentou como um conceito híbrido, entidade na qual as pessoas não eram casadas formalmente, mas também não se encontravam na condição fática de solteiras.

Hoje, o direito das sucessões traz novamente a inquietação acerca dos bens híbridos que buscam novos conceitos por parte do ordenamento jurídico.

A herança tem apresentado, em seu acervo, bens que não se mostram puramente patrimoniais, mas que também não se enquadram como meramente existenciais.

Há bens que consistem no acervo de dados pessoais existente no ambiente virtual. São os chamados bens digitais existenciais. Nessa categoria, encontram-se bens que sempre existiram e eram guardados nas gavetas, caixas e baús: são imagens, mensagens, cartas e documentos de todo tipo. Hoje transmutados em arquivos eletrônicos com ou sem equivalente físico, são armazenados em sites oficiais das diversas esferas de governo ou de empresas privadas, de maneira especial nas diversas redes sociais. O armazenamento é feito em nuvem (computação em nuvem, do inglês *Cloud Computing*). As chamadas “nuvens” nada mais são do que redes integradas e descentralizadas que permitem ao usuário, por exemplo, a utilização de uma mesma conta para realizar diversos serviços, não se limitando apenas à capacidade de armazenamento de dados.

Mas se é de armazenamento de dados que está a se falar, são esses dados consubstanciados em documentos eletrônicos, correspondências eletrônicas, imagens digitais ou digitalizadas, informações de todo tipo, grande parte delas sigilosas, relacionadas a órgãos e entidades oficiais ou entes privados prestadores de toda sorte de serviços ou simplesmente um fato, uma revelação, que a mais ninguém cabe, senão à própria pessoa.

Como tradicionalmente o direito das sucessões, de forma simples, afastava os bens existenciais para regular os bens patrimoniais na composição da herança, hoje se vê diante do desafio de encontrar uma tutela adequada para a partilha de bens híbridos. É o que se dá com perfis de redes sociais, canais digitais, e-mails e arquivos guardados em nuvem, os quais podem apresentar valor econômico digno de partilha, e que, ao mesmo tempo, apresentam bens existenciais do falecido, que, uma vez acessados, podem violar o que se chama hoje de privacidade do morto.

O acesso aos bens digitais existenciais do falecido está ligado à legitimação para a preservação e guarda de sua memória. Quer isto dizer que os conteúdos privados das contas de e-mail, perfis de redes sociais e toda sorte de documentos digitais ou digitalizados, independentemente de onde estejam armazenados, devem estar inseridos na tutela da privacidade da pessoa falecida, que pode, inclusive, ser oposta aos próprios familiares.

Os exemplos acima demonstram que nos últimos tempos os fenômenos da vida social passaram a se apresentar como fenômenos complexos e híbridos, a desafiar a binariedade a que o sistema estava acostumado a lidar.

Ao sistema jurídico não cabe mais ignorar os conceitos híbridos, como sempre ocorreu. Estes vêm passando a modelar a vida social e não há como o direito continuar a se utilizar, exclusivamente, de conceitos binários. Tornou-se premente o rompimento do modo como se estruturam os conceitos jurídicos.

1.3 Os conceitos jurídicos e a herança digital

Muito se tem escrito acerca da herança digital, tema atual e importante que carrega, como de resto grande parte dos institutos jurídicos, o forte impacto da chamada “era da informação”. A telemática, aqui compreendida no seu sentido léxico de conjunto de serviços fornecidos através de redes de telecomunicação (Houaiss, 2009, p. 1823), evoluiu de maneira superlativa a partir da segunda metade do século XX, apresentando hoje uma infinidade de feições, uma grande variedade de vertentes, finalidades, tecnologias etc. Entretanto, como a se encontrar também aqui um redutor de complexidade, costumou-se conceber esse vasto universo entre o que é digital e o que é analógico. Assim, a adaptação ou recepção do direito à nova realidade não obedece necessariamente a tal simplificação.

Fundamental é examinar o conceito dado à herança digital e dele extrair o mais precisamente possível o seu significado, delimitando-o, além de tentar revelar sua natureza jurídica e a que categoria pertence o instituto. A ausência de tal delimitação, inclusive, pode dificultar, sobremaneira, por exemplo, um estudo em direito comparado, sob a perspectiva do “termo” ou “partícula jurídica” a comparar¹.

A princípio, e em coerência com os marcos teóricos indicados na primeira parte do presente texto, em especial o que apregoa Alf Ross, é possível afirmar que o “instrumento de apresentação” herança digital satisfaz a ordem sistemática que pode tornar mais clara a versão do direito em questão? Assim, questiona-se: tal sistema oferece as regras determinadoras que dão estabilidade ao sentido dessas palavras, da expressão? Regras essas que devem orientar o seu uso, como defende José Rodrigo Rodriguez?

A resposta e os próprios questionamentos acima levantados apontam para um raciocínio a ser desenvolvido a partir do que se convencionou chamar de herança digital. E não há como desassociar a concepção de herança digital daquilo que também se acordou definir como “bens digitais”. Aliás, o modo pelo qual se desenvolveu o conceito de herança digital fez com que a ele se atelassem os bens digitais, de maneira que se tornou impossível não existir sequer a aceção de um instituto sem o outro.

O direito civil define “bem” como todo objeto suscetível de apropriação pela pessoa, seja ele material ou imaterial. Empregando genericamente o termo “coisa” para se referir aos bens, a legislação de 2002 deixou de fazer referência aos bens fora do comércio, categoria utilizada pelo Código de 1916 para se referir àqueles cuja disposição ou negociação é vedada, classificação dispensada pela própria natureza, “de uso pessoal”, de uso comunitário e até mesmo de não uso, no atendimento a valores relevantes (Lôbo, 2024, p. 157).

As transformações sociais, operadas especialmente após a Segunda Guerra Mundial, motivaram uma mudança também no modo de caracterizar os bens, antes mais ligado à sua utilidade, economicidade exterioridade e suscetibilidade de apropriação, hoje voltado mais à realização da pessoa humana, relativizando-se o valor econômico em detrimento do valor estimativo, o valor de uso pelo de troca, a apropriação individual pela comum (Lôbo, 2024, p. 158).

O Código Civil brasileiro optou por utilizar o termo “coisa” para tratar dos direitos relacionados à apropriação dos bens no Livro III da Parte Especial, pelo que, juridicamente, as expressões são semelhantes. Paulo Lôbo adverte que bem ou coisa e objeto do direito não possuem o mesmo significado. Segundo o autor, com base na doutrina de Pontes de Miranda, objeto do direito é algum bem da vida, que – a exemplo da liberdade, da honra, do fazer ou não fazer – não se constituem necessariamente em bem ou coisa (Lôbo, 2024, p. 158).

No Código de Defesa do Consumidor, os termos “bem” ou “coisa” foram substituídos por “produto”, ampliando a duplicidade conceitual.

O desafio do sistema jurídico parece estar sempre na ausência de palavras que possam traduzir os novos fenômenos jurídicos, o que pode ensejar precipitação no que concerne à sua apresentação e clara inadequação à categoria jurídica a qual deveria pertencer. Tal desafio não implica que devam ser, necessariamente, criadas

¹ Sobre a metodologia do direito comparado, ver por todos, Andrade, Gustavo Henrique Baptista. *O direito de herança e a liberdade de testar*. Um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 106.

novas palavras para traduzir o sentido dos novos fenômenos. Velhas palavras, de forma isolada ou unidas a criar uma nova expressão podem solucionar o problema.

Para além da discussão conceitual ou mesmo de ordem semântica, não se pode olvidar do fato de ter ocorrido mudanças na relação entre os bens e as pessoas.

Hoje, o direito das sucessões é o ramo do direito que está à procura de um novo conceito para abarcar os bens digitais de natureza híbrida e torná-los aptos à sucessão, de modo que seja possível permitir a transmissão do que tem valor econômico, ao mesmo tempo que impeça a transmissão de bens existenciais.

Das estantes lotadas de discos de vinil e, posteriormente, dos *Compact Discs* – os famosos CDs – ao *streaming*²; do espaço ao tempo como critério de divisão no caso da multipropriedade; das cartas, diários e outros documentos nas gavetas ao armazenamento em nuvem, muitas são as situações jurídicas que o direito civil precisa enfrentar, como muitos são os problemas a serem solucionados pelo direito civil.

Problemas de ordem conceitual, à medida que uma nova demanda surge para o direito e não se encontram palavras novas que a traduza ou lhe dê significado. Por se tratar o direito de um complexo sistema, a dificuldade é quase inevitável. Repete-se, porém, por que não tratar o novo com palavras velhas? Esta é, sem dúvida, uma possibilidade. Palavras isoladas ou unidas em uma expressão podem representar de maneira adequada um novo instituto jurídico. Não é, porém, o que acontece com frequência, como no caso da “herança digital”. O termo herança tem um consolidado significado para o direito; o termo digital não. A imprecisão da expressão salta aos olhos.

Em obra de referência sobre o tema, Everilda Brandão trata das relações de pertencimento e dos novos objetos de apropriação, construindo e trazendo inovadora problematização acerca da realidade imaterial, onde se desenvolve a ideia do bem digital (Guilhermino, 2018). A ideia difundida na linguagem jurídica é aquela a que se fez referência anteriormente, a de que digital é tudo aquilo que não for analógico. Não obstante uma gama de estudos acerca da historicidade e da evolução da dualidade entre o analógico e o digital – cuja demonstração não tem pertinência com o propósito principal deste texto –, o termo “digital” termina por traduzir uma descrição da Modernidade na tecnologia.

Palavras como despatrimonialização, desmaterialização, compartilhamento e funcionalização são expressões que apontam para novas formas de apropriação de bens, não mais vinculadas exclusivamente ao direito de propriedade individual e exclusivo (Guilhermino, 2018, p.65). Não se pode esquecer, entretanto, como já afirmado, que o direito é um complexo sistema que carrega dificuldades e como tal deve ser tratado, analisado, interpretado. Compreende-se, então, que isto não se faz de maneira tão simples, com a utilização de palavra ou expressão que apresente a aparência de um redutor de complexidade sem, de fato, o ser.

Para uma melhor compreensão do fenômeno – que passou a ser conhecido como herança digital e diante do desafio de superar a dicotomia entre o que herdar e o que não herdar, ao se enquadrar o bem como patrimonial ou existencial – uma terceira via tem se mostrado como um caminho viável, a titularidade do direito de acesso. Esta inaugura uma situação jurídica em que se vislumbram elementos para uma apropriação exclusiva, mas ao acesso na condição de não proprietário individual (Guilhermino, 2018, p. 67).

1.4 A construção de novos conceitos jurídicos no direito das sucessões

As mudanças ocorridas nas categorias dos bens e no direito das coisas tiveram impacto direto no direito das sucessões. As perguntas que se elaboram como premissas à tentativa de estabelecer uma análise prospectiva são: Mudaram as relações sucessórias? Mudou a concepção de herança? Ou mudaram apenas os bens? Ou ainda, de maneira complementar, os modos de apropriação destes? Ou, ao final, a problemática é de ordem conceitual?

Tais questionamentos levam o pesquisador a investigar em que direção rumo o direito civil da atualidade ao se referir à herança digital.

E o que dizer dos bens digitais? Como se dá a apropriação? Através de pertencimento ou por intermédio do acesso? Em que categoria se inserem esses bens com relação ao patrimônio da pessoa?

A classificação que se apresenta, mais comumente na doutrina com relação aos bens digitais, é a que os dividem em bens digitais híbridos e bens digitais existenciais, sendo o mote econômico o que os separa. Os bens digitais exprimem, na verdade, o objeto das relações projetadas nesse novo ambiente, que geram efeitos jurídicos. Por isso, é preciso entendê-los e verificar em que medida o ordenamento atual, criado sob as luzes de um universo

² Traduz-se como a atividade de escutar ou assistir som ou vídeo diretamente da internet, através de um fluxo de mídia. CAMBRIDGE DICTIONARY. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-portuguese/streaming>. Acesso em 05.10.2024.

análogo, consegue satisfazer as necessidades das relações digitais (Konder; Teixeira, 2024). Se os bens físicos sempre foram binários, ora patrimoniais, ora existenciais, os bens digitais se apresentam de forma híbrida, podendo ser, ao mesmo tempo, existenciais e patrimoniais. Este é o ponto de ruptura do sistema no que concerne à herança digital, o que revela a real necessidade de mudança no modo de legislar.

Mesmo a linguagem computacional sendo binária, não obrigatoriamente o deve ser a linguagem do direito, como antes constatado. Há muito se percebeu a necessidade de interlocução do direito com outros saberes, porém também não é nova a concepção segundo a qual o direito não pode ser reduzido a esse tipo de linguagem. O enquadramento nas categorias adequadas imprime – aos institutos jurídicos e aos novos fenômenos – a possibilidade da terceira via, seja qual for o seu critério indicativo. Na esteira do pensamento de Pietro Perlingieri, discorre Carlos Konder acerca da referência do valor e do tratamento normativo de um bem, com relação à função que ele desempenha em dada situação jurídica subjetiva, elegendo o perfil funcional como o critério mais adequado à distinção entre os bens digitais:

Situação jurídica patrimonial é aquela que desempenha função econômica, passível de conversão em pecúnia, tendo por objeto interesses financeiros e por escopo o lucro. Por isso, sua tutela está diretamente ligada à realização da livre iniciativa e tem por fundamento o art. 170 da Constituição Federal (Konder; Teixeira, 2024, p.6).

Os bens digitais, então, seriam existenciais ou teriam função existencial, dessa forma, na medida de sua ligação com os direitos da personalidade. A questão primordial é que se não fosse o surgimento do bem híbrido, não existiria demanda por mudanças no sistema, confortavelmente estabilizados em conceitos binários, sendo possível que tudo continuasse como sempre foi.

Entretanto, os bens híbridos são realidade do mundo fático a serem abarcados pelo direito das sucessões e que necessitam ingressar no mundo jurídico para produzir os necessários efeitos, quer quanto ao seu pertencimento em vida, quer após a morte do seu titular.

Por consequência, torna-se imprescindível uma conceituação jurídica que abarque a natureza híbrida dos bens digitais. Dessa maneira é que o direito das sucessões oferecerá uma tutela adequada a esses bens, constituam eles ou não patrimônio hereditário.

Desde o surgimento da ideia de herança digital, vem o instituto sendo estudado e tratado na ambiência do direito das sucessões. Não se podia, ao menos em princípio, desenvolver raciocínio diverso, diante da certeza de que a transmissão de bens após a morte do seu titular se opera no direito sucessório.

Assim, novos institutos foram se desenhando, seja no que diz respeito à herança, seja quanto ao modo de suceder. Mais do que nunca, se faz necessário distinguir-se as dimensões do direito e seus conceitos, dado que é através dessa operação hermenêutica que se chega às respostas adequadas às demandas sociais. Portanto, compreende-se que esse é, eminentemente, um problema de ordem conceitual.

Referências

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **O direito de herança e a liberdade de testar**: um estudo comparado entre os sistemas jurídicos brasileiro e inglês. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BRASIL. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. **Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 05 out. 2024.

CAMBRIDGE dictionary. [Cambridge, UK], [2024]. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english-portuguese/streaming>. Acesso em 05 out. 2024.

FERRAZ JR, Tício Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

GUILHERMINO, Everilda Brandão. **A tutela das multitudes**: repensando os limites do direito de propriedade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

KONDER, Carlos Nelson. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Bens digitais dúplices: desafios tecnológicos à distinção entre situações jurídicas patrimoniais e existenciais. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v. 29, n. 3, p.1-12, jul./set. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2024.14769>. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/14769>. Acesso em: 05 out. 2024.

LIN, Francis Y. Wittgenstein on understanding and emotion: grammar and methods. *Journal for the History of Analytical Philosophy*, Irvine, v. 9, n. 4, p. 1-16, apr. 2021. Disponível em: www.jhaponline.org . Acesso em: 11 set. 2024.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: parte geral. 13.ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. v. 1.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: sucessões. 10. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024. v. 1.

MALHEIROS, Pablo da Cunha Frota; AGUIRRE, João Ricardo Brandão; PEIXOTO, Maurício Muriack de Fernandes e. Transmissibilidade do acervo digital de quem falece: efeitos dos direitos da personalidade projetados *post mortem*. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 10, n. 19, p. 564-607, jul./dez. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Assembleia Geral**. Resolução adotada pela Assembleia Geral em 28 de julho de 2010. [Nova Iorque]: ONU, 2010. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/687002?ln=en&v=pdf> . Acesso em: 05 out. 2024.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Conceitos jurídicos. In: PÜSCHEL, Flavia Portella (org.). **Organização das relações privadas**: uma introdução ao Direito Privado com métodos de ensino participativos. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROSS, Alf. **Tû-Tû**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2007.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logico-Philosophicus**. São Paulo: Edusp, 2022.

Como citar:

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. Análise de Institutos do Direito a partir dos Conceitos Jurídicos: o caso da herança digital. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v. 29, n. 4, p. 1-10, out./dez. 2024. DOI: <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2024.15547>

Endereço para correspondência:

Gustavo Henrique Baptista Andrade
E-mail: gustavo@gustavoandrade.adv.br



Recebido em: 07/10/2024
Aceito em: 08/11/2024